Der

Civilprozeß des gemeinen Rechts

in geschichtlicher Entwicklung.

Von

M. A. von Bethmann-Hollweg,

Doctor beider Rechte und der Theologie, weiland ordentlichem Professor des Civilrechts und Civilprozesses an den Hochschulen zu Berlin und Bonn, K. Preuß. Staatsminister a. D., Ehrenmitglied der K. Akademie der Wissenschaften zu Berlin.

Erster Band.

Der römische Civilprozeß.

1. Legis Actiones.

Bonn,
bei Adolph Marcus.
1864.

Der

römische Civilprozeß

von

M. A. von Bethmann-Hollweg.

Erster Band.

Legis Actiones.

Bonn,
bei Adolph Marcus.
1864.

Dem Andenken

an

unser Aller Meister in der juristischen Methode,

meinen unvergeßlichen Lehrer und Freund,

Friedrich Carl von Savigny

gewidmet.

Vorrede.

Indem ich mit Wiederaufnahme einer litterarischen Arbeit nach dreißigjähriger Unterbrechung vor dem Publikum erscheine, fühle ich ganz das Mißliche meiner Lage. Nicht nur jene Arbeit ist von den Meisten vergessen, sondern auch der Verfasser den litterarisch Todten zugezählt. Unterdessen ist die Wissenschaft, der jene angehört, durch die rastlose Thätigkeit gleichzeitiger und jüngerer Fachgenossen mächtig fortgeschritten. Muß es ihm nicht gehen wie Einem, der um die Welt gereist ist und dem bei seiner Heimkehr, weil er Alles verändert findet, kaum das Recht eingeräumt wird mitzusprechen? Indessen, den Muth dazu giebt ihm das Bewußtsein, daß auch er nicht müßig gewesen und sowohl aus dem eigenen Ideenkreis als aus den gemachten Erfahrungen Einiges mitzutheilen hat, was Andern nützlich werden könnte.

Nachdem der erste Band meines „Handbuchs des Civilprozesses" erschienen war[1]) und ich nach dem ange-

1) Auch unter dem Titel: Gerichtsverfassung und Prozeß des sinkenden römischen Reiches bis auf Justinian. Bonn 1834. 8. Außer einer wohlwollenden Anzeige von Rudorff in den Jahrbüchern für wissensch. Kritik 1838 Nr. 85 folg. ist mir keine öffentliche Beurtheilung des Buches bekannt geworden. Um so schätzbarer ist mir eine handschriftliche Kritik von Savigny, die ich besitze, der Beifall von Männern wie Biener, Puchta u. A. und die Wahrnehmung, daß, was darin neu und gut war, den Fortschritt der Wissenschaft gefördert hat.

kündigten Plan das Schicksal des römischen Prozeßrechts im Mittelalter, insbesondere in der Glossatorenschule, genauer zu erforschen und darzustellen begann, wurde mir bald die Einseitigkeit dieses Standpunktes klar. Der vorherrschend germanischen Geistesströmung des Mittelalters, in die das römische Recht nur als einzelnes Culturelement eingreift, mußte Rechnung getragen, sie vor Allem in Bezug auf das Recht begriffen werden. Alsbald trat mir hier der diametrale Gegensatz der germanischen und römischen Auffassung nicht nur des Rechts überhaupt, sondern des Rechtsstreits insbesondere entgegen und ich gewahrte, daß ich in jenem ersten Theil durch die Beschränkung auf die Gerichtsverfassung und den Prozeß des sinkenden römischen Reichs mich in die Unmöglichkeit versetzt hatte, diesen Gegensatz vollkommen klar zu machen. Dieß führte dann zu einer noch tieferen, für die historischen Wissenschaften überhaupt wichtigen Einsicht.

Wie das Verhältniß der Thatsache zu der Vernunftwahrheit oder Idee zu bestimmen sei, ist ein speculatives Problem, in dessen Lösung unsere Philosophie seit Lessing und Kant ohne Zweifel einige Fortschritte gemacht hat. Auch der Geschichtsforschung ist dieß zu Gute gekommen. Denn während die reine Historie sich darauf beschränkt, die Nachricht von vergangenen Zuständen und Ereignissen kritisch festzustellen und die Thatsache selbst in ihrer Erscheinung und ihren Motiven lebendig, als wäre sie vor unsern Augen geschehen, zu vergegenwärtigen: fragt die Philosophie der Geschichte, weil die Thatsache als ein Einzelnes vollkommen nur in ihrer Abhängigkeit von einem Allgemeinen begriffen wird, nach der sie beherrschenden

Idee; und Beides ist nicht ganz von einander zu trennen. Nur muß festgehalten werden, daß dieß Begreifen nach beiden Seiten ein fortschreitendes, nie vollendetes und daß die That des Menschen, einen Einzigen ausgenommen, nie völlig der Idee entspricht, während freilich auch in diesem unvollkommenen, irrationalen Thun eine höhere Teleologie, eine göttliche Weltlenkung, mehr geahnet als begriffen wird.

Alles dieß gilt auch für den Rechtshistoriker, der jedoch, eingedenk der Abgezogenheit des Rechtsbegriffs und der Aeußerlichkeit seiner Verwirklichung, doppelt Ursache hat, sich vor transcendenter Ueberschwänglichkeit und tiefsinniger Mystik zu hüten. — Auf den vorliegenden Rechtsstoff angewandt ist es also unrichtig, die Gerichtsverfassung eines Volks und das gerichtliche Verfahren als etwas rein Aeußerliches, etwa wie Posteinrichtungen, nur durch Zweckmäßigkeitsrücksichten Bedingtes, zu betrachten[2]). Denn auch der Rechtsstreit und das Gericht sind Rechtsbegriffe, die die Rechtsphilosophie allgemein, das positive Recht jedes Volks eigenthümlich zu entwickeln den Beruf hat. Es war also eine falsche Abstraktion, wenn die neueren Prozessualisten nur die Form des Thuns der Partheien und des Gerichts beschrieben, die zum Grunde liegenden oder dadurch erzeugten Rechte, das sg. materielle Actionenrecht, sich von den Civilisten entwenden ließen[3]), während in diesem der eigentliche Schlüssel zum Verständniß der

2) Und doch sind auch jene, wie alles Menschliche, von Rechtsbegriffen, als Treu und Glauben in Uebernahme und Ausrichtung des Auftrags, Eigenthum des Uebergebenen u. A. durchzogen.

3) Das Recht der Civilisten in dieser Hinsicht vertritt Savigny, System V. § 204 Note a.

Einzelheiten des Verfahrens, Klage, Einrede, Beweis u. s. w. und seines Zusammenhanges liegt. Da ich früher diesem Irrthum wenigstens insoweit nachgegeben, daß ich der Geschichte jene Aeußerlichkeiten, dieses Mark des Prozeßrechts dem System überwies [4]), so mußte ich nach gewonnener besserer Einsicht, um der Wahrheit und mir selbst genug zu thun, eine Umarbeitung und Vervollständigung des Ganzen unternehmen.

Daß ich aber erst jetzt dazu schreite, hat seine Veranlassung in der großen vaterländischen Bewegung, die mit 1840 beginnend 1848 ihren erschütternden Höhepunkt erreichte und während zweier Jahrzehnte meine, wie jedes dem Vaterland ergebenen, unabhängigen Mannes Kraft in mannichfaltiger Weise in Anspruch nahm. Auch dabei aber habe ich gelernt: einmal — „was gehn und stehen kann"; sodann daß Ideen, der Menge unbewußt und zum Verdruß der sg. Praktiker, das Leben beherrschen, nur daß es darauf ankommt, Idole nach Baco's Ausdruck [5]) von ächten Ideen zu unterscheiden, und daß letztere in realer Gestaltung sich zu bewähren haben. Zu ruhiger Betrachtung der Dinge, wie sie dem Alter ziemt, zurückgekehrt, möchte ich gern das früher Erworbene und durch Erfahrung Ergänzte jetzt noch gemeinnützig machen [6]).

Es ist also in der That ein neues Buch, das ich dem juristischen Publikum vorzulegen wage und dessen Grundplan hier in der Kürze anzugeben ist. — Nach den

4) Mein Handbuch des Civilprozesses. Vorrede S. VIII u. X.

5) *Nov. org.* II. 38. *sqq.* *De augm. scient.* V. 4.

6) Senectuti — quod honestius potest esse perfugium, quam iuris interpretatio? Equidem mihi hoc subsidium iam ab adolescentia comparavi. L. Crassus bei *Cic. de or.* I. 45.

aufgestellten Principien war es unerläßlich, in einer Einleitung die allgemeinen dem Rechtsstreit überhaupt zum Grunde liegenden Ideen zu entwickeln, deren Frucht in der geschichtlichen Betrachtung hoffentlich erkennbar sein wird.

Der erste Theil dieser letztern, die unsere eigentliche Aufgabe bildet, stellt das römische Prozeßrecht in geschichtlicher, durch drei Hauptformen fortschreitender Genesis dar. Als wichtigste litterarische Hülfsmittel dafür hatte ich schon früher die Werke der großen Interpreten des sechszehnten und siebzehnten Jahrhunderts, „deren Früchte wir, zum Theil ohne es zu wissen, genießen", durchforscht, nehme aber, da zur Erneuerung dieses Studiums mir die Zeit gebricht, billig Anstand, sie nach alten Collectaneen zu citiren. Was die neuere Litteratur betrifft, so haben unter meinen Altersgenossen Puchta und Keller, von noch Lebenden Huschke, Böcking und Rudorff mich besonders gefördert; von der jüngeren Generation nenne ich nur Th. Mommsen, dessen staunenswerthen Leistungen für römische Geschichte und Alterthümer, Kritik der Inschriften und anderer Rechtsquellen ich überall zu meiner Freude und Belehrung begegnet bin. Vieles Tüchtige in der neuesten Litteratur ist trotz meiner Bemühung mir ohne Zweifel entgangen, in Manchem werde ich geirrt haben und hoffe auf Ergänzung und Widerspruch; wie auch ich es nie gescheut, bei abweichender wissenschaftlicher Ueberzeugung meinen liebsten Freunden zu widersprechen[7]). Möchte doch die Weise unserer großen Muster, der römischen Juristen, immer mehr unter uns herrschend wer-

7) „Der Gerechte schlage mich freundlich —; das wird mir so wohl thun, als ein Balsam auf meinem Haupte." Ps. 141, 5.

den, die nie das Eigne suchen, sondern wie Baugehülfen an dem gemeinsamen großen Werke des vaterländischen Rechts arbeiten.

Bei der Reichhaltigkeit des Stoffes war ich genöthigt, diesen ersten Theil in drei Bände zu zerlegen, deren erster hiermit erscheint; der Druck des zweiten wird ohne Unterbrechung folgen und der dritte, der die frühere Arbeit mit wenigen Zusätzen und Berichtigungen enthalten wird, soll auch nicht auf sich warten lassen. In dem vorliegenden Bande, der ein erster Versuch ist, das Prozeßrecht der ältesten und dunkelsten Periode in vollständigem Zusammenhang darzustellen, habe ich der Kürze halber mich häufig positiver ausgedrückt, als die gegebenen Beweise rechtfertigen, was der kundige Leser leicht erkennen und entschuldigen wird.

Der zweite Theil wird den germanischen Prozeß in seinem Ursprung und seinem ersten Conflict mit dem römischen, in den romanischen Ländern während des Mittelalters, schildern, wofür Vieles vorgearbeitet ist[8]) und worauf ich mich besonders freue, so Gott Leben und Kraft zur Ausführung schenkt.

Ein dritter Theil soll dieselbe Aufgabe in Bezug auf unser deutsches Vaterland lösen, in seinem letzten Abschluß also die praktischen Fragen der Gegenwart berühren; und dieß veranlaßt mich noch zu einigen allgemeineren Bemerkungen.

Das System des heutigen gemeinen Prozeßrechts

8) Stücke dieser Vorarbeiten sind die beiden früher erschienenen Schriften: Ursprung der lombardischen Städtefreiheit. 1846 und Ueber die Germanen vor der Völkerwanderung. 1850.

wird dem Praktiker zu unmittelbarem Gebrauch in trefflichen neuern und neuesten Werken, vor Allem in Wetzell's System des ordentlichen Civilprozesses, Leipzig 1861. 8., das den Fortschritt unserer Lehre in den letzten vierzig Jahren in erfreulichster Weise documentirt, dargebracht. Mein Buch macht darauf keinen Anspruch, kann vielmehr als ein geschichtliches im glücklichsten Fall nur Paradigmen für Rechtsphilosophie und Gesetzgebungspolitik bieten, die an sich für den gebildeten Praktiker und denkenden Staatsmann von hohem Interesse sind. Im letzten Theil insbesondere wünsche ich darzuthun, daß unbeschadet des werthvollen Besitzes römischer Rechtsweisheit und ihrer rüstigen Verarbeitung zu Lehre und Gesetz, eine nicht minder wichtige vaterländische Aufgabe die ist, was noch von Keimen altdeutscher Autonomie in Handels-, Gewerbe-, Dorfgerichten und sonst vorhanden ist, vor der Ertödtung durch byzantinischen Bureaukratismus und Codificirungstrieb zu bewahren, es zu beleben und zu mehren.

Rheineck, im September 1864.

Inhalt des ersten Bandes.

Allgemeines.

1. Ethische Begründung.

Erster Theil.

Der römische Civilprozeß.

Erster Abschnitt.

Legis Actiones.

I. Gerichtsverfassung.

A. Die Gerichtsobrigkeit.

1. Arten derselben.

2. Verhältniß der Gerichtsobrigkeit zu den Rechtsquellen.

B. Die Geschwornen.

C. Ort und Zeit des Gerichts.

II. Prozeß.

Allgemeines.

A. Einleitung des Rechtsstreits.

Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung.

Allgemeines.

1. Ethische Begründung.

§ 1. Ist der Staat, wie es jetzt kaum mehr bestritten wird, ein ethischer Organismus [1]), dessen immanentes Gesetz, das Recht, durch Selbstbestimmung seiner Glieder, d. i. einzelner Menschen als freier Wesen, durch deren freies Handeln sich vollziehen soll: so ist mit diesem Begriff des (objectiven) Rechts oder des Gesetzes auch die Möglichkeit des absichtlich oder unabsichtlich ungesetzlichen Verhaltens der Einzelnen, des Unrechts, und die Nothwendigkeit gegeben, daß das Recht die Mittel seiner Herstellung, der Aufhebung des Unrechts, aus sich selbst erzeuge.

Welches diese Mittel sind? das ist die Frage, mit deren historischer Beantwortung dieses Buch sich beschäftigen wird. Ihre allgemeine Erörterung aber muß dafür von der größten Bedeutung sein.

§ 2. Die gewöhnliche Antwort auf die Frage: wie das verletzte Recht wieder herzustellen sei? lautet: durch Zwang, und die Begründung ist folgende. Man legt dem Ganzen des Staats, wie er unzweifelhaft die Macht hat, sich jeden Einzelwillen unterwürfig zu machen, den Widerstand der Willkühr zu

1) Vgl. die vortreffliche Begründung u. Ausführung in Trendelenburgs Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. Leipzig 1860. § 34 folg.

überwinden, auch das Recht bei, dieß zu thun, weil dieß zu seiner Selbsterhaltung als eines sittlichen Organismus nothwendig sei[1]).

Allein dagegen entsteht sofort das principielle Bedenken, daß das Bedürfniß kein Rechtsgrund ist; sonst hätte das Sprüchwort Recht: Noth kennt kein Gebot. Wenn also der Zwang sich aus der Idee des Sittlichen nicht rechtfertigen läßt, ja vielmehr als die Freiheit aufhebend ihr zu widersprechen scheint: wäre nicht eher die sittliche Berechtigung des Ganzen, des Staats, zu bezweifeln, dieser eher aufzugeben, als durch ein unsittliches Mittel zu erhalten? Oder wenn der Staat durch die Idee des Sittlichen schlechthin gefordert wird: sollte er nicht durch andre, in derselben Idee wurzelnde Mittel sich erhalten, ja entwickeln und vervollkommnen können? Nehmlich indem er sich an die sittliche Vernunft seiner Glieder wendet, durch Belehrung, Ueberzeugung, Ermahnung?

In der That gründen Plato und Aristoteles auf diese ihren idealen Staat. Allein sie müssen den Zwang dennoch zulassen für die auf einer niederen sittlichen Stufe stehenden Glieder des Staats: Plato für den Stand der Beherrschten, während er in den Herrschern, gleichsam dem Klerus des Staats, die sittliche Vernunft als thatsächlich bestimmendes Princip voraussetzt; Aristoteles für die sittlich Ungebildeten, die dadurch propädeutisch von der Gewalt böser Affecte befreit und für die Lehre und freie Uebung des Guten empfänglich gemacht werden sollen.

Allein, wenn schon diesen Weisen der alten Welt die tiefe, zwischen ihrem Ideal und der Wirklichkeit vorhandne Kluft, insbesondere die praktische Unmöglichkeit, auf den Unterschied der sittlich Gebildeten und Ungebildeten eine Staatsverfassung zu gründen, nicht verborgen geblieben sein kann: die noch erhabnere Selbstoffenbarung des Sittlichen im Christenthum hat gelehrt, daß der Mensch überhaupt, auch der sittlich Gebildetste von

1) Trendelenburg a. a. O. S. 6. 60. 71 folg. 90 folg.

Natur zum Bösen geneigt, also jener Schranke bedürftig ist. Christliche Philosophen von Augustin bis auf Luther betrachten deshalb Staat und Recht als eine erst durch den Sündenfall nothwendig gewordene Gemeinschaftsform, die keine ewige Bestimmung habe; und selbst die Neueren, die antike und christliche Weltanschauung zu vermitteln streben [2]), können nicht umhin, insofern ihnen der Zwang wesentliches, constitutives Merkmal des Rechts ist, das Böse als seine Voraussetzung zu denken. Allein hiermit wird in der That auf die Ableitung von Staat und Recht aus dem Wesen des Ethischen verzichtet, sie werden nicht aus der idealen, sondern aus der corrumpirten Natur des Menschen erklärt [3]) und bilden nicht die Sphäre freiester und kräftigster Entwicklung des sittlichen Willens, sondern werden herabgesetzt zu einer Zucht- oder Krankenanstalt, die durch ihre Zwangsmittel doch nur Unterdrückung, nicht Heilung des Uebels, nur äußere Vernichtung der Willkühr, nicht Herstellung des sittlichen Willens und einer wahrhaft sittlichen Gemeinschaft zu bewirken vermag.

Zu diesen principiellen Bedenken gegen die gewöhnliche Vorstellung, die den Zwang für ein Nothrecht der Gesammtheit erklärt, tritt noch folgender, zunächst von der empirischen Betrachtung entlehnte Einwand hinzu. Alle uns bekannte positiven Rechte lassen im Fall der Rechtsstörung den Zwang nicht bloß von der Gesammtheit des Staats im öffentlichen Interesse ausgehn, sondern auch von dem Einzelnen, dem Verletzten, durch Selbsthülfe oder gerichtliche Klage. Die gewöhnliche Ansicht läßt also gerade die Seite, die für unsre Aufgabe vorzugsweise von Interesse ist, unerklärt. Ja noch mehr! Wie ist das der Selbsthülfe und Klage zum Grund liegende subjective Recht als Zwangsrecht, die absolute Forderung des Einzelnen, und die entsprechende Zwangspflicht, überhaupt die im gesammten

2) Trendelenburg a. a. O. § 93 folg.

3) Savigny, System des heutigen röm. Rechts Bd. I. S. 332 erklärt sich zwar auch sehr stark gegen diese Ansicht, dennoch aber „das Bedürfniß und das Dasein des Rechts für eine Folge der Unvollkommenheit unsres Zustandes“.

Recht vorausgesetzte und geduldete Sonderung der Willen ethisch zu begründen, da die ideale Sittlichkeit, dem Grundgesetz der Geisterwelt gemäß, sich nur durch ein freies Ineinandereingehen der Willen, in wahrer Gemeinschaft, in der Liebe erfüllt? Fast gewinnt es hiernach den Anschein, als ob auch das subjective Recht im Bösen, in der Eigensucht wurzle und nur eine leibliche Abfindung mit derselben bezwecke[4]).

Fehlt also in der gewöhnlichen Ansicht sowohl für das objective als das subjective Recht, insbesondere insofern wir das Merkmal des Zwangs in seinen Begriff aufnehmen, die ethische Begründung und liegt dennoch die Nothwendigkeit vor, dieses Merkmal irgendwie festzuhalten, so läßt dieß auf einen Mangel in der Ableitung des Rechtsbegriffs aus den höchsten Principien des Sittlichen schließen, und diesen Mangel zu ergänzen muß unsre nächste Aufgabe sein, wobei jedoch, Angesichts des noch vor uns liegenden weiten Weges, Beschränkung in der Ableitung und Ausführung geboten ist.

§ 3. Das Sittliche kommt dem Menschen unmittelbar zum Bewußtsein im Gewissen als ein Soll, das sich ihm, wenn er denkend vom Bedingten zum Unbedingten aufsteigt, in ein Will verwandelt[1]), einen höchsten schlechthin guten Willen, der zunächst als transcendentes Gesetz, als göttliches Gebot ihm gegenübertritt, aber, wie es das Soll schon andeutet,

4) Darauf läuft es auch hinaus, wenn Herbart (Prakt. Philosophie Gött. 1808. I. 4. S. 108 folg., Analytische Beleuchtung des Naturrechts Gött. 1836. S. 13. 62. 89. 117) und Hartenstein (Grundbegriffe der eth. Wissenschaften Leipz. 1844. S. 197) „das Mißfallen an dem Streit und die darin für die Streitenden selbst liegende Aufforderung, eine Regel aufzurichten und anzuerkennen', deren Befolgung darauf abzielt, den Streit zu vermeiden," als Princip des Rechts aufstellen. Denn der Inhalt dieser Regel, das ist des Rechts, wäre dann nur durch Willkühr oder Zweckmäßigkeit, nicht ethisch bestimmt.

1) Trendelenburg a. a. O. S. 23: „Wo sich die teleologische Betrachtung ins Absolute erhebt, wird das im Theil aus dem innern Zweck stammende Soll (z. B. der Mensch soll denken, das Auge soll sehen) zum Willen. Was das Will im Unbedingten ist, das ist das Soll im Bedingten, und erst der Mensch verwandelt das Soll wiederum in ein Will, wenn er will, was er soll, wenn er will, was Gott will".

die Bestimmung hat, in freier gegenseitiger Einigung mit seinem Willen, dessen immanentes Gesetz, Trieb und Kraft seines Thuns, gleichsam das Naturgesetz seines Willens zu werden.

Hierin, daß Freiheit und Nothwendigkeit, die in dem unendlichen Geiste, in Gott, Eins sind, für den endlichen Geist, den Menschen in dem Unterschied des Sollens und Wollens auseinanderfallen, um dann auch in ihm Eins zu werden, liegt der ganze Schwerpunkt des Sittlichen und zugleich die Lösung unsres Problems, wie Recht und Sittlichkeit sich zu einander verhalten.

Das transcendente Gesetz begründet nehmlich für den Menschen ein Zwiefaches:

Erstens die Selbständigkeit des Willens, an den es seine Forderung richtet, den freien Willen selbst in der Indifferenz zwischen Gut und Böse, als Macht sich für das Eine oder Andre zu entscheiden, als Selbstbestimmung oder formale Freiheit des Menschen, die den festen Kern seiner Persönlichkeit bildet und als Gegenstand seines Bewußtseins sein subjectives Recht ist. Das transcendente Gesetz als objective Bedingung desselben können wir insofern schon das objective Recht oder Rechtsgesetz nennen, wobei jedoch unbestimmt bleibt, ob dieses seinen Inhalt nicht noch aus einer andern Quelle schöpft.

Zweitens erzeugt das transcendente Gesetz durch die an den freien Willen gerichtete Forderung das Bewußtsein der Pflicht, sich für seinen Inhalt, das Gute zu entscheiden, und insofern nennen wir es Moralgesetz.

Die Erfüllung der Pflicht aber erfolgt durch die That, die um wirklich Erfüllung, gute That zu sein, dem transcendenten Gesetz nach ihrem inneren und äußern Moment entsprechen, das transcendente Gesetz zur Triebfeder haben muß, also die Immanenz desselben, die Einheit des Sollens und Wollens voraussetzt. Diese Einheit nicht bloß in der einzelnen That, sondern als dauernde Kraft ist Tugend; als Sein ge-

dacht, da der gesammte Wille des Menschen in seinen transcendenten Grund zurückgeht und schöpferisch wie dieser das Gute hervorbringt, ist wahre, reale Freiheit, Sittlichkeit. Das ihm immanente Gesetz können wir nur das Gesetz der Freiheit nennen.

§ 4. Die Sittlichkeit umfaßt also die innere und äußere Sphäre des Willens. Der abstracte Wille hingegen, der den Gegenstand des Rechts bildet, ist als innerer nur verschwindendes Moment, Vorbedingung der Entscheidung für das Gute oder Böse; wenn man nicht etwa sagen will, daß in dem letzteren Fall, bei der Entscheidung für das Böse, durch die Reaction des transcendenten Gesetzes, die Strafe, ihm „sein Recht" werde. Aber auch dieß fällt ja der innern Sphäre des Gewissens, also der Moral und der durch sie postulirten Vergeltung im Jenseits anheim. Deshalb erhält das Recht Realität hienieden nur insofern, als der abstracte Wille sich in der Außenwelt manifestirt, Herrschaft über äußere sichtbare Objecte wird und anderen gleichberechtigten Willen gegenüber sich behauptet. Richtung und Maaß hierfür ist natürlich nicht in dem Rechtsgesetz selbst, das wie der Wille durchaus abstract ist, zu suchen[1]) und ebensowenig in der Moral (Pflichtenlehre), die uns sofort auf das Gebiet des Sittlichen hinüberführen würde[2]), sondern in den durch die Bestimmung des Menschen gegebenen natürlich-sittlichen Verhältnissen zur Außenwelt, die der Güterlehre angehören[3]). Das Recht hat also einen doppelten Ursprung, einerseits die formale Freiheit und anderer Seits diese Verhältnisse, in denen sie sich geltend macht.

1) Auch nicht in dem bloß formalen Grundsatz, daß „die Willkühr des Einen mit der Willkühr des Andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden könne". Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1798. S. XXXIII.

2) Denn daß ein principieller Unterschied der Zwangs- und Liebespflicht so wenig als die Quadratur des Zirkels gefunden werden könne, ist jetzt wohl allgemein anerkannt.

3) Es ist Schleiermachers Verdienst, nach dem Vorgang der Alten die Bedeutung der Güterlehre für die gesammte Ethik wieder zur Anerkennung gebracht zu haben.

Schon hierdurch gewinnt das Recht, obgleich es den Willen, abstrahirt von Gut und Böse, zum Inhalt hat, sittlichen Werth, ist selbst ein Gutes, insofern es ethische Güter, nehmlich eben jene natürlich-sittlichen Verhältnisse verwirklicht. Freilich nur unvollkommen, nehmlich äußerlich, da das Motiv, die Gesinnung, dabei außer Acht bleibt, und negativ, weil ihm schon durch äußere Anerkennung, durch Nichtverletzung der Persönlichkeit, des freien Willens, soweit er sich in dem Verhältniß manifestirt, genügt wird, und dieses, als ein organisches, durch einzelne Beziehungen des abstracten Willens sowenig als die Kreislinie durch Tangenten erschöpfend beschrieben werden kann. In dieser Unvollkommenheit aber ist das Recht unbedingt, d. h. mit Ueberwindung jedes von einem andern Willen entgegengesetzten Widerstandes zu verwirklichen. Denn der freie Wille als Macht verlangt schon an sich, um seiner Natur und seines transcendenten Grundes willen, unbedingte Anerkennung; um wieviel mehr, wenn er von dem Verhältniß sein Maaß empfangen, weil in diesem ein Gut von absolutem ethischen Werth, eine göttliche Ordnung erhalten werden soll. Deshalb waltet in dem Recht die Nothwendigkeit, wie in der Sittlichkeit die Freiheit vor[4]). Insofern nennen wir das objective Recht strenges Recht, das subjective Zwangsrecht, dem allemal auch Zwangspflichten Anderer correspondiren, wobei wir noch dahin gestellt sein lassen, ob Zwang für diese dem Recht einwohnende Nothwendigkeit der richtige Ausdruck ist.

Die sittliche Natur des Rechts zeigt sich ferner darin, daß es Gemeinschaft stiftend ist. Zwar insofern es den abstracten Willen des Einen dem Andern gegenüber schützt, die Willen trennt, scheint es nur der Eigensucht zu dienen. Allein indem es den freien Willen des Einen und Andern in gleicher Weise anerkennt, verpflichtet es auch Beide zu dieser Anerkennung, begründet also ein Gemeinsames und wird ihnen hierdurch zu einer Schule der Selbstverleugnung. Endlich hat es absoluten

4) Vgl. Nitzsch, Begründung der Begriffe Recht und Gesetz. Theol. Studien und Kritiken. Jahrg. 1846. S. 19 folg.

ethischen Werth als Vorbedingung höherer Sittlichkeit, die ohne freie Selbstbestimmung nicht gedacht werden kann. Ja, in seiner Unvollkommenheit, Aeußerlichkeit und Negativität giebt es sich kund als nur eine erste Stufe des Sittlichen und treibt unter Hinzutritt des Pflichtgefühls zur Ergänzung, zur vollkommenen Ausgestaltung des Verhältnisses als sittlichen Guts, zu wahrer Sittlichkeit.

Der Rechtsbegriff ergab sich uns also zwar nicht ohne Rücksicht auf die Möglichkeit des Bösen, die ja die allgemeine Voraussetzung des Sittlichen für den Menschen ist, wohl aber ganz abgesehen von der wirklich vorhandenen Macht des Bösen in ihm; wir vermochten ihn aus der idealen Natur des Menschen abzuleiten und sind hiernach zu der Annahme berechtigt, daß, wenn diese den Gemeinzustand der Menschheit bestimmte, der Rechtsbegriff sich noch reiner und vollkommner verwirklichen müßte. Umgekehrt erscheint es unter dem Einfluß des thatsächlich in den Menschen und unter ihnen waltenden Bösen, der Eigensucht, verunreinigt und, weil es dennoch unbedingte Anerkennung verlangt, mit der Härte behaftet, die unser sittliches Gefühl so vielfach verletzt[5]). Dennoch erweist es auch so noch seinen göttlichen Ursprung, als äußere Schranke des Bösen, als Schutzwehr persönlicher Freiheit und somit als Bedingung sittlicher Wiedererhebung, als Prophetie einer vollkommenen Gerechtigkeit.

§ 5. Der Rechtsbegriff erhält aber seine vollkommene Bestimmtheit und Deutlichkeit im Unterschied und Zusammenhang des Sittlichen erst, wenn wir die Entfaltung des abstracten Willens in den natürlich-sittlichen Verhältnissen des Menschen zur Außenwelt, in Bezug auf seine verschiedenen Objecte im Einzelnen verfolgen. Hieraus ergiebt sich zugleich eine Mehrzahl subjectiver Rechte und die Entfaltung des Rechtsbegriffs selbst zum Rechtssystem[1]).

5) Summum ius summa iniuria.

1) Also schlichtet sich der Streit zwischen Puchta und Stahl, von

Das erste dieser Objecte ist der wollende Mensch selbst. Insofern er seiner bewußt ist und sich will, nennen wir ihn Person, und somit ist das Recht der Persönlichkeit das Urrecht, die Vorbedingung aller andern Rechte. Da es die Majestät der menschlichen Natur zum Inhalte hat, so ist es von absolutem sittlichen Werth, d. h. ganz unabhängig von der Gesinnung, erfüllt aber seine Bestimmung nicht in stolzer, hochmüthiger Absonderung, sondern stiftet durch die Allgemeinheit des ihm zum Grund liegenden Gesetzes sofort eine Gemeinschaft, die Rechtsgemeinschaft überhaupt (communio iuris).

Allein diese ist eine sittlich unvollkommene, weil äußerlich und negativ. Die Ergänzung des Rechtsgebotes: Du sollst nicht tödten! liegt in dem Moralgesetz: Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst! das freilich als transcendentes nur die Forderung stellt. Die Erfüllung erfolgt, wenn es immanent, wenn der Wille des Einen und Andern in dem göttlichen Willen Eins geworden, die Rechtsgemeinschaft zur Gemeinschaft der Liebe sich erhöht, in der die Persönlichkeit nicht untergeht, sondern in dem Ebenmaaß der Hingabe und Behauptung sich allererst vollendet.

Beides, die gegenseitige Anerkennung des persönlichen Rechts mit dem Charakter absoluter Nothwendigkeit und im Unterschied davon die Erweisungen der Liebe als Sache freier Sittlichkeit müssen in jedem noch so vorübergehenden Verhältniß von Mensch zu Mensch, z. B. zweier Schiffbrüchigen auf einer wüsten Insel, hervortreten. Aber freilich nicht in so zufälligen Begegnungen, sondern nur in objectiv nothwendigen, dauernden Gemeinschaftsverhältnissen kann der Rechtsbegriff seine vollkommene Verwirklichung finden.

§ 6. Als eine solche bietet sich zunächst die der ganzen

denen Jener das System lediglich nach den „Objecten" des freien Willens, Dieser nach den „Verhältnissen" bestimmen wollte. S. Puchta im Rhein. Museum für Jurisprudenz II. S. 297 folg., Institutionen § 21. 28 folg. Stahl, Philosophie des Rechts, 3. Aufl. II. 1. § 39 folg.

Menschheit bestimmte Herrschaft über die Erde und ihre Erzeugnisse, diesen Theil der Natur dar. Und in der That findet hier, was wir vom Recht behaupteten, seine vollkommenste Anwendung. Der abstracte Wille des Einzelnen, der sich eine Sache unterworfen, ist als Recht des Eigenthums von allen Andern unbedingt anzuerkennen und ein sittliches Gut, insofern es die Bearbeitung und Verwendung dieses Stückes Natur für seine Zwecke, also die Entwicklung seiner intellectuellen und moralischen Kraft bedingt. Zwar schließt es zunächst alle Andern von der Sache aus. Aber nur der Geiz verschlechtert es zum „ungerechten Mammon". Indem das Rechtsgesetz „Jeglichem das Seine" verbürgt und die Uebertragung des Eigenthums möglich macht, in Vorbereitung derselben die Willen zu der Mannichfaltigkeit obligatorischer Verträge verknüpft, begründet es dennoch eine Gütergemeinschaft, den Eigenthumsverkehr (commercium). In diesem sucht jedoch der Einzelwille immer nur sich selbst, nicht den Nächsten und sein Bedürfniß. Seine letzte ethische Bestimmung erfüllt das Eigenthum also erst in der Ausgleichung von Reich und Arm durch Wohlthätigkeit, die aber nur als freier Liebeserweis sittlichen Werth hat, nie Gegenstand des zwingenden Rechts werden darf.

Das objective Recht als Norm der subjectiven Rechte ist hier, wie sonst, mit diesen in dem bewußten Willen der Berechtigten gegeben und bedarf nicht, wie häufig angenommen wird, als Form dem Verhältniß als rohem Stoff erst aufgedrückt zu werden [1]), sondern ist diesem als Rechtsverhältniß immanent, nur daß allerdings die ihm zum Grund liegende sittliche Idee rechtlich noch in sehr verschiedener Weise gestaltet werden kann. Die durch den Begriff des Rechts postulirte Allgemeinheit aber ist durch die Einheit des rechtlichen Bewußtseins wenigstens für den Kreis der mit einander Verkehrenden gesichert, wie z. B. ein gemeinsames Handels- und Seerecht sich ganz von selbst unter den Bewohnern benachbarter Meeresküsten bildet.

1) Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. I. S. 333.

Indeß zum vollständigen Abschluß kann das Recht durch den bürgerlichen Verkehr allein nicht gelangen; bei dem möglichen Widerstreit der Interessen und Meinungen fehlt es an einer das Recht aussprechenden und schützenden Macht, die wir in einer Gemeinschaft höherer Ordnung suchen müssen.

§ 7. Die Familie ist diejenige Gemeinschaft, in welcher der Mensch durch Vereinigung der Geschlechter, durch Zeugung und Geburt dem Anfange nach sich zur Menschheit erweitert. Wie sehr sie natürlich und sittlich ihre Glieder zur Einheit verbinden mag: der freie Wille, die Persönlichkeit, also das Recht muß auch in ihr seine Anerkennung finden und dem Manne, der Frau, dem Kinde, kurz jedem Gliede seine gesonderte Stellung, eine Sphäre freiester Selbstbestimmung anweisen; nicht um sie zu trennen, sondern um sie, der der Familie einwohnenden sittlichen Idee gemäß, rechtlich zu verbinden. So wird z. B. die natürliche Stellung des Mannes als des Hauptes der Familie durch das Rechtsgesetz zur Herrschaft über Weib und Kind, die er gegen Dritte unbedingt, gegen sie selbst doch nur soweit geltend machen kann, daß ihre Freiheit und Persönlichkeit nicht aufgehoben erscheint. Also wird in dieser wie in jeder andern Beziehung das natürlich-sittliche Verhältniß, die göttliche Institution der Familie durch das Recht, wenngleich nur unvollkommen, verwirklicht; ihre Vollendung kann auch sie nur von dem lebendigen Gesetze der Freiheit erlangen [1]).

Allein eben weil das Wesen der Familienverbindung in der natürlich und sittlich bedingten Einheit der Willen in der Liebe besteht, kann der Rechtsbegriff, der die Sonderung der Willen voraussetzt, sich hier doch nur in beschränktem Maaße verwirklichen, soll anders jenes Wesen nicht verletzt, also das zerstört werden, dessen Erbauung das letzte Ziel des Rechts ist. Denn schon durch die von dem Recht postulirte Bestimmtheit der Rechte und Pflichten würde der freie Austausch, das Geben und Em-

1) Die gesetzliche Gestalt der Ehe zeigt 1 Mos. 3, 16, die vollendet sittliche Ephes. 5, 22 folg.

pfangen in Liebe gehemmt, durch zwangsweise Erfüllung der innerste Lebenskeim des Verhältnisses getödtet. Deshalb soll auch das Thun des die Gesammtheit vertretenden Hauptes nach Innen nicht sowohl den Charakter von Gesetz und Gericht, als den der Lehre, Ermahnung und Zucht an sich tragen. — Und was von dem persönlichen Verhältniß gilt, gilt auch von dem sächlichen. Das der Familie dienende Eigenthum wird ein irgendwie gemeinschaftliches sein müssen, der Eigenthumsverkehr also in ihr nur wenig Anwendung finden; zu geschweigen, daß auch ihr beschränkter Umfang sie nicht qualificirt, die das Recht der Person und des Eigenthums aussprechende und schützende Macht zu sein, die wir suchen.

§ 8. Dagegen enthält die höhere Gemeinschaft des Volkes alle Bedingungen, um sie zur eigentlichen Sphäre des Rechts zu machen.

Zwar ist auch sie ein durch die Bestimmung des Menschen gegebenes natürlich-sittliches Verhältniß und das einheitliche Leben des Volkes ist, wie das der Familie, durch das auf gemeinsamer Abstammung, gemeinsamen Schicksalen und geistiger Einheit, die sich in der Sprache ausdrückt, ruhende Gemeinschaftsgefühl, Vaterlandsliebe, Nationalstolz u. s. w., wesentlich bedingt. Aber schon die größere Weite der Gemeinschaft gestattet dem die Willen sondernden Recht einen freiern Spielraum als in der Familie. Die vollständige, zur Männlichkeit erwachsene Persönlichkeit des Bürgers, verglichen mit Weib und Kind, verlangt in vollerem Maaße die rechtliche Anerkennung des freien Willens. Die Fleischlichkeit (Natürlichkeit) des Volkes fordert seine Zügelung durch das Rechtsgesetz, seine Dießseitigkeit als eines Gliedes weltgeschichtlicher Entwicklung der Menschheit eine dießseitige Gerechtigkeit, wie sie nur die Verwirklichung des Rechtsbegriffs gewährt. Ja, sobald das Volk seiner Einheit sich vollkommen bewußt wird und sie in bestimmter, abschließender Form will, wird seine Gemeinschaft mit Allem, was sie in sich schließt, von selbst eine rechtliche, in dem Gegensatz von Herrschaft und Freiheit und dessen Vermittlung sich vollziehende, —

und dieß ist der Staat. Wenngleich also dem Staate so wenig die begriffliche Priorität vor dem Rechte gebührt, daß er vielmehr ein Erzeugniß dieses Letztern, ja „die höchste Stufe der Rechtserzeugung“ [1]) ist, so dürfen wir ihn doch als diejenige Sphäre betrachten, in welcher der Rechtsbegriff seine vollständigste Entfaltung findet.

Zunächst an dem Staate selbst, d. h. der rechtlichen Organisation der Volksgemeinschaft in Haupt und Gliedern, wodurch er selbst zu einer Gesammtperson wird, deren Rechte den einzelnen Volksangehörigen gegenüber den Inhalt des Staatsrechts, im Verhältniß zu andern Völkern und Staaten den Inhalt des Völkerrechts bilden. Aber auch die Verhältnisse der einzelnen Volksangehörigen zu einander, Persönlichkeit, Eigenthum, Familie u. s. w. treten nun in Beziehung zu dem Staat und erhalten durch ihn ihre abschließend rechtliche Bestimmung in dem bürgerlichen, Civil- oder Privatrecht. Ausgeschlossen von der Bethätigung des Staates, weil diese stets rechtlicher Natur ist, bleibt nur, was nicht Gegenstand des zwingenden Rechts werden kann, also vor Allem Moral und höhere Sittlichkeit, sodann Wissenschaft und Kunst, endlich Religion. Insofern jedoch alle der Menschheit gestellten höhern Aufgaben zunächst eine nationale Lösung finden sollen, also Gegenstand des National-Interesses sind, können auch diese, z. B. die persönliche Sittlichkeit als Gegenstand der Sittenpolizei, die Wohlthätigkeit gegen Arme, Kranke u. s. w., selbst Wissenschaft und Kunst als Zwecke öffentlicher Anstalten in den Kreis des vom Staat verbürgten Rechts, unbeschadet ihrer natürlichen Freiheit, gezogen werden, zu geschweigen, daß das Recht überhaupt auch im Staate seine wesentliche Ergänzung in dem sittlichen und höhern Geistesleben der Nation findet [2]).

1) Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. I. S. 22.

2) Hiernach ist zu beurtheilen, was von der Carricatur, dem sg. Rechtsstaate, zu halten, dessen eifrigste Vertreter doch nicht umhin können, die Einheit der deutschen Nation in ihrem größten dramatischen Dichter zu feiern.

Eine eigenthümliche Bewandtniß hat es noch mit der Religion. Als durchaus der Innerlichkeit und dem Jenseits angehörig entzieht sie sich schlechthin der rechtlichen Bestimmung. In ihrer Manifestation, als Cultus, ist sie jedoch ein Stück des Volkslebens und scheint im Staate rechtlichen Schutz nicht bloß zuzulassen, sondern zu fordern. In dieser Beziehung zeigt sich geschichtlich folgender merkwürdige Unterschied. Die alte Welt betrachtete die Religion schlechthin als Nationalsache und zwar so, daß in der israelitischen Theokratie der Staat der Religion, bei allen andern Völkern die Religion dem Staate untergeordnet, überall als Gegenstand des Rechts, des Staatsgesetzes behandelt, dieses auch mit ihr in die nächste Verbindung gesetzt wurde. Eine Gefährdung der religiösen Gewissensfreiheit war hierbei unvermeidlich. Es war daher der größeste Fortschritt, den die Weltgeschichte aufweist, daß das Christenthum die Religion als Sache des Individuums und der Menschheit, insofern also als unabhängig von Volk und Staat, die Religionsfreiheit des Einzelnen und eine religiöse Gemeinschaft, die Kirche, die alle Völker zu umschließen bestimmt ist, proclamirte. Nur insofern diese, das Dießseits und Jenseits verbindende, also ihrem Wesen nach unsichtbare Gemeinschaft im Dießseits sichtbar wird, also auch in das Volks- und Staatsleben eintritt, wird auch sie eine Rechtsanstalt, die nach Außen den Schutz des Staats für sich in Anspruch nimmt und selbst in ihrem eignen Schooß das Recht der Person nicht verkennen kann. Deshalb giebt es ein K i r c h e n r e c h t, das sich aber nie zur harten, das innere Leben erdrückenden Schale condensiren darf, sondern, wie das Recht der Familie, im Conflict mit den höhern, religiös-sittlichen Interessen, welche die Kirche verfolgt, diesen weichen muß.

§ 9. Auch allen diesen vom Staat umschlossenen oder auf ihn sich beziehenden Verhältnissen ist das Recht immanent, d. h. wird ihnen nicht als Form von Außen aufgedrückt, sondern erzeugt sich durch den bewußten Willen der darin Lebenden. Dieses gemeinsame Rechtsbewußtsein aber, das sich bei vorüber-

gehendem Zusammentreffen Einzelner ganz concret gestaltet, auch bei fortgesetztem Verkehr der Vollständigkeit und des objectiven Abschlusses entbehrt, erhält in der engeren, durch Jahrhunderte sich fortpflanzenden Volksgemeinschaft, im Staate, die Gestalt eines vollständigen, abgeschlossenen Rechtssystems. Insofern es, auf allgemein menschlichen Anlagen und Bedürfnissen beruhend, doch durch die Eigenthümlichkeit des Volksgeistes bestimmt ist, nennen wir es positives Recht, in seiner geschichtlichen Fortbildung mit dem Volksgeiste, historisches Recht. Aus dem Bewußtsein des Volks entsprungen, lebt es auch in diesem als Volksrecht fort und erscheint in constanten, ihm entsprechenden Handlungen desselben als Rechtsübung oder Gebrauch (usus, consuetudo), der seiner Seits auch auf Begründung oder Befestigung der Volksüberzeugung zurückwirkt. Insofern wird es, wenig passend, Gewohnheitsrecht genannt.

In diesem der Kindheit des Volkes entsprechenden Zustand ist das Recht Gegenstand des Gefühls und der Vorstellung und wird versinnlicht durch Symbole und Rechtssprüchwörter von mehr oder weniger bildlichem Ausdruck. Seinem Wesen nach aber ist es zu innerlich und in seiner Entfaltung zu reich, als daß auch in den einfachsten Volkszuständen, wo von Theilung der Arbeit kaum die Rede ist, das Wissen und Finden des Rechts nicht die eigenthümliche Gabe einzelner Personen und gewisser Stände sein sollte. Zunächst aber beschränkt sich diese Gabe auf concrete Rechtssprüche und practische Rechtsregeln (regulae iuris). Erst bei fortschreitender Geistescultur wird es in seinem innersten Wesen und organischen Zusammenhang begriffen, Rechtswissenschaft (Jurisprudenz), Gegenstand des Berufs der Rechtsgelehrten oder Juristen, und insofern diese an seiner geschichtlichen Fortbildung Theil nehmen, Juristenrecht.

§ 10. Alle diese Formen des Daseins und der Entstehung des Rechts (Rechtsquellen) sind nur durch organische Kräfte des Volksgeistes bedingt.

Sollte aber der Staat als solcher daran keinen Antheil haben? das Recht nicht auch durch ihn zu Stand und Wesen kommen? Der Staat ist ja mit Allem, was er in sich schließt, nicht nur der höchste Gegenstand des rechtlichen Volksbewußtseins, des Volkswillens, sondern auch der Träger dieses idealen Gesammtwillens, eine Gesammtperson, die selbst einen Willen hat und vor Allem das Recht will. Insofern ist das Recht allgemeiner Wille (volonté générale), wohl zu unterscheiden von dem Willen Aller (volonté de tous), zu dem es vielmehr in dem Gegensatz eines höhern, Alle unbedingt bindenden Willens steht. Das Recht, wie es auch entstanden sein mag, ist von dieser Seite betrachtet, das Gesetz dieses Staats und kann deshalb auch von dem Träger der Staatsgewalt, der Obrigkeit, als Gesetz, d. h. als ein alle Staatsangehörigen schlechthin verpflichtendes Gebot ausgesprochen und verzeichnet (Codification), auch neues Recht in derselben Form mit Bewußtsein, in Verfolgung bestimmter Staatsziele, erzeugt werden (Gesetzgebung).

Die organische Einheit des Gesetzes mit dem Volksrecht wird gesichert, wenn Obrigkeit und Volksvertretung bei seiner Hervorbringung zusammenwirken und, selbst abgesehen hiervon, im normalen Zustande dadurch begründet, daß es in die Volksüberzeugung übergeht. Doch behält es als auf einzelne Handlungen gerichtetes Gebot oder Verbot stets einen abstracten, unorganischen Charakter und muß seine Verknüpfung mit der Gesammtheit des Rechtsorganismus, sowie die Darstellung und Fortbildung dieses letztern der Jurisprudenz überlassen.

Nach strenger Begriffsbestimmung gehört nicht zu den Quellen des allgemeinen objectiven Rechts die Autonomie, d. h. die Willkühr der Betheiligten, z. B. Vertrag oder Testament, wodurch sie den Inhalt des concreten Rechtsverhältnisses bestimmen, soweit die Gesetze dieß zulassen und eventuell bestätigen.

§ 11. Die erste Form also, wie das Recht und zwar in seiner objectiven Allgemeinheit und Nothwendigkeit durch den Staat verwirklicht wird, ist das Gesetz.

Wie aber, wenn in einem einzelnen Fall der Einzelwille dem allgemeinen Willen, dem Gesetz, sich nicht unterwirft? Wir sind hiermit bei der Frage angelangt, von der wir ausgingen: wie dem Unrecht im Staate Abhülfe zu leisten, wie das verletzte Recht wieder herzustellen sei? Aus dem Zusammenhang unsrer Betrachtung ergiebt sich sehr einfach die Antwort. Der Staat, der das Recht will und diesem allgemeinen Willen, dem Gesetz, alle Einzelwillen überhaupt unterwirft, wird auch in dem Fall, da ein Einzelwille als Willkühr sich damit in Widerspruch setzt, das objective Recht, das sein subjectives Recht ist und dem auch hier der Charakter der Nothwendigkeit beiwohnt, verwirklichen und damit zugleich die Willkühr, die Unrecht ist, aufheben. Wir brauchen also nicht auf den Deus ex machina Bedürfniß zu recurriren, da diese Action des Staats durch den Rechtsbegriff selbst gegeben ist. Auch sie ist Aufgabe des höchsten Trägers der Staatsgewalt, der Obrigkeit, die insofern Gericht ist.

In der Function desselben sind zwei Elemente zu unterscheiden: 1) der Ausspruch des allgemeinen Rechts in Anwendung auf den concreten Fall, das Urtheil, eine der Rechtserzeugung verwandte Thätigkeit, und 2) die thatsächliche Verwirklichung des ausgesprochenen Rechts, die Vollstreckung des Urtheils, die einen mehr äußerlichen Charakter hat. Zu dieser, zur Ueberwindung des widerstrebenden Einzelwillens, wird es dem Träger der Staatsgewalt an der nöthigen Macht nie fehlen. Dagegen fragt sich, wie die Befähigung zur Urtheilsfällung dem Gericht gesichert werden könne? Das Gesetz zwar kennt die Obrigkeit als solche, weil sie an seiner Hervorbringung, wäre es auch nur durch die Publication, Theil genommen; und insofern es auf dessen Verknüpfung mit dem Rechtsorganismus, also auf richtige Auslegung und Anwendung ankommt, ist ihr die Hülfe der Juristen zur Hand. Ueber das im Volksbewußtsein lebende Recht aber können, streng genommen, nur Glieder des Volks, Schöffen, vollgültiges Zeugniß abgeben, deren Mitwirkung beim Urtheil, wie die der Volksvertretung

bei der Gesetzgebung, die organische Einheit der Obrigkeit mit dem Volke vermittelt. Eine ähnliche Bürgschaft gerechter Urtheilsfällung gewähren, insofern das Gesetz durch die Obrigkeit ausreichend vertreten ist, rücksichtlich der Thatsache die Geschwornen.

Hängt also die Gestaltung des Gerichts (Gerichtsverfassung) wesentlich von den Formen der Rechtserzeugung ab, so muß seine Thätigkeit andrer Seits auf diese mehr oder weniger Einfluß üben. Denn indem das Gericht, sich selbst constant, die Gesetze auslegt, fixirt es ihren Sinn; durch Verknüpfung derselben mit dem Rechtsorganismus und Aussprechung des dem concreten Verhältnisse immanenten Rechts bildet es diesen, den Rechtsorganismus, sei es mehr technisch-juristisch, sei es mehr volksmäßig, fort. Für diesen Zweig der Rechtsübung als Rechtsquelle haben wir keinen andern Ausdruck als den nicht ganz bezeichnenden Gerichtsgebrauch (usus fori).

Gesetzgebung und gerichtliche Rechtspflege (iurisdictio) sind also die beiden Formen, unter denen die Verwirklichung des Rechts, die Gerechtigkeit (Justiz), von Seiten des Staats gehandhabt wird. Sie beschränkt sich natürlich auf die innere Sphäre des Staats, und deshalb erlangt das Recht der internationalen Verhältnisse nie dieselbe Bestimmtheit und Abgeschlossenheit.

§ 12. Treten wir nun der Frage: wie das Unrecht durch das Gericht aufgehoben werde? näher, so sind die zwei Arten des Unrechts zu unterscheiden:

1) Die directe Auflehnung des Einzelwillens gegen den allgemeinen, gegen das objective Recht, die bewußte Verletzung des Gesetzes selbst, das Verbrechen (crimen, delictum). Da es unmöglich ist, die That ungeschehen zu machen, so kann die Aufhebung dieses Unrechts nur nach Analogie der Reaction des Moralgesetzes gegen den bösen Willen, wodurch dieser, weil Negation desselben im Bewußtsein ethisch negirt, vernichtet wird (Strafe des Gewissens) und in dem Jenseits seine reale Vergeltung (Strafe des göttlichen Gerichts) findet, durch äußere

thatsächliche Reaction des allgemeinen Willens gegen den verbrecherischen Einzelwillen, durch Strafe erfolgen, in welcher der allgemeine Wille, das objective Recht, siegreich sich wiederherstellt. Da die dem Verbrechen zwar nicht identische (Talion), aber qualitativ und quantitativ entsprechende Strafe durch das Gesetz (Straf- oder Criminalrecht) gegeben ist[1]), so ist die Thätigkeit des Strafrichters eine verhältnißmäßig einfache. Das Strafurtheil, das nur vorbereitende Bedeutung hat, spricht die thatsächliche Schuld aus und subsumirt sie unter das entsprechende Gesetz; die Vollstreckung der Strafe, also das Aeußerliche ist hier die Hauptsache. Wenngleich sie, als gedrohte und vollzogene Strafe, die Folge hat und haben soll, vom Verbrechen überhaupt abzuschrecken, durch Furcht die Rechtsordnung des Staates aufrecht zu erhalten, so darf doch hierin nicht ihr eigentliches Ziel und ihre Rechtfertigung gesucht werden. Sie ist nicht Zwangsmittel für das Recht, sondern durch den Rechtsbegriff selbst, die Gerechtigkeit, geboten[2]).

2) Nur das subjective Recht eines Einzelnen durch einen andern Einzelnen ist verletzt (Civilunrecht). Wie ist dieß möglich, ohne daß zugleich das objective Recht verletzt würde, da jedes subjective Recht durch das objective, z. B. mein Eigenthum durch das Eigenthumsgesetz bedingt und geschützt ist? Insofern, als jedes subjective Recht andrer Seits von concreten Thatsachen, z. B. mein Eigenthum von dem Erwerb der Sache, abhängt und diese als concrete dem Andern unbekannt sein können. Indem auch er die Sache als sein Eigenthum erworben zu haben behauptet und deshalb mir vorenthält, verletzt er das Eigenthumsgesetz durchaus nicht, vielmehr ruft auch er es für sich an; aber mein subjectives Recht verletzt er, insofern mir und nicht ihm thatsächlich das Eigenthum an dieser Sache zusteht. Das Wesen des Civilunrechts besteht also darin, daß zwei Einzel-

1) Nulla poena sine lege.

2) Kant, metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, Werke Th. IX. S. 183: „Selbst wenn die bürgerliche Gesellschaft mit aller Gliederung Einstimmung sich auflöste, müßte der letzte im Gefängniß befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit Jedermann das widerfahre, was seine Thaten werth sind."

willen in Bezug auf dasselbe Rechtsobject unter gleichmäßiger Berufung auf das objective Recht in Conflict gerathen, es ist Rechtsstreit, und die Aufhebung des jeden Falls vorhandnen, wenn auch subjectiv noch problematischen Unrechts erfolgt durch Entscheidung des Rechtsstreits nach Maaßgabe des Civilrechts, die auch nur von einer über beiden stehenden, allgemeine Anerkennung fordernden Rechtsmacht, dem Staate oder dessen Vertreter, der Obrigkeit als Civilrichter ausgehen kann.

Für diesen ist deshalb die Fällung des Urtheils die Hauptsache, und da es hierbei darauf ankommt, das Recht des einzelnen streitigen Verhältnisses aus dem Zusammenhang des ganzen Rechtsorganismus mit mathematischer Sicherheit zu finden, eine geistige Function höherer Art. Die Vollstreckung des Urtheils, durch welche der Sieger in den Genuß des erstrittenen Rechts gesetzt wird, tritt nur zufällig, nehmlich dann hinzu, wenn der Unterliegende auch jetzt noch, da er sich nicht mehr auf das Gesetz, das im Urtheil dem Gegner zur Seite steht, berufen kann, demselben widerstrebt[3]). Auch sie erfolgt im Namen des Gesetzes, als Sache der Justiz durch das Gericht, und zwar gerechter Weise nicht sowohl durch Zwang, d. h. durch Drohung oder Zufügung eines Uebels, um den Widerspenstigen zu einem Thun zu bewegen, sondern durch Einsetzung des Siegers in die Ausübung seines Rechts, z. B. den Besitz (Restitution), und durch Schutz in derselben, nöthigen Falls mit Gewalt. Die wichtigen hieraus fließenden practischen Folgen wird der historische Theil ergeben. Für jetzt genügt es auf Zweierlei aufmerksam zu machen. Einmal, daß hiernach der häßliche Begriff des Zwangs, von dem die Römer behaupten, daß er juristisch nicht einmal denkbar sei[4]) und der keines Falls ethisch

3) Es war eine Verkennung des richtigen Verhältnisses und für die Gesammtauffassung des Prozeßrechts verwirrend, wenn früher z. B. Martin in seinem Lehrbuch die ganze Verhandlung von der Klage bis zum Urtheil den „vorbereitenden Prozeßtheil“ im Gegensatz der „Executionsinstanz“ nannte. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses, Leipz. 1861 S. 368 setzt „Cognition und Zwang“ als „entscheidende und ausführende Thätigkeit“ des Richters einander gleich.

4) Sie sagen von dem, der durch Drohung eines Uebels sich zum

zu rechtfertigen ist, aus dem gesammten Gebiete des Rechts verschwindet. Sodann, daß der uns beschäftigende Rechtstheil, wenn er nicht mehr als Zwangsanstalt, etwa gegen böswillige Schuldner, sondern als siegreiche Manifestation des Rechts gedacht wird, einen edleren Charakter, ein höheres Interesse gewinnt.

Beide Formen des Unrechts coïncidiren, wenn das Verbrechen nicht gegen den Staat, z. B. Hochverrath (Staatsverbrechen, delictum publicum), sondern gegen einen Einzelnen gerichtet ist (Privatverbrechen, delictum privatum), gegen einen Einzelnen, der behandelt wird, als wenn es kein Recht, z. B. bei Raub und Diebstahl, als wenn es kein Eigenthum gäbe, in dessen Person also beides zugleich, das subjective und objective Recht verletzt ist. In diesen Fällen des gemischten Unrechts müssen Strafe und Restitution, Straf- und Civilgericht selbständig neben einander hergehen. Nur ein unvollkommen entwickelter Rechts- und Staatsbegriff überläßt die Verfolgung der persönlichen Verletzung dem Verletzten als Privatrache (vindicta, Fehde), die dann etwa vergleichsweise durch ein Sühngeld (poena, Buße) abgekauft wird.

Ein begriffsmäßig vollkommen ausgebildeter Rechtszustand läßt innerhalb des Staats die Selbsthülfe (via facti im Gegensatz der via iuris, des Rechtsweges) nur als Selbstvertheidigung gegen den gewaltsamen Angriff auf die eigne Person oder den Besitz (Nothwehr) zu. Denn selbst der materiell Berechtigte, z. B. der Eigenthümer, verletzt durch gewaltsame Entsetzung des Besitzers, indem er ihn als nicht eigenthumsfähig behandelt, in dessen Person das objective Recht, die Rechtsordnung; und wer dieses Unrecht abwehrt, ist selbst nur in der Ausübung seines Rechts begriffen, also straflos. Nur in internationalen Verhältnissen bleibt in Ermangelung eines Richters, auch eines freiwillig eingesetzten Schiedsgerichts, die Selbsthülfe

Thun bestimmen ließ: maluisse hoc videtur (L. 22. D. de ritu nupt. 23, 2), womit freilich nicht gesagt ist, daß darin nicht eine widerrechtliche Verletzung der freien Willensbestimmung liegen könne.

(Krieg) die einzige Form der Rechtsverfolgung, die freilich, wenngleich sie das Recht zum Ziel hat und auch in deu anzuwendenden Mitteln das Recht nicht völlig verleugnet (Kriegsrecht), im Erfolg nur durch Macht und Glück bedingt ist.

§ 13. Dahingegen darf die Verwirklichung des Rechts innerhalb des Staates, durch das Gericht, auch in den anzuwendenden Mitteln nicht bloß auf Sicherung des Erfolges, der Ermittlung des concreten Rechts und Aufhebung des Unrechts in kürzester Frist, berechnet, also insofern zweckmäßig, sondern sie muß vor Allem selbst gerecht sein. Das verletzte oder bestrittene Recht kann auch von Seiten des Gerichts nicht durch neues Unrecht, sondern nur durch Recht hergestellt werden. Hierbei kommt außer der Natur des Objectes, der Rechtssache (causa), insbesondere ob sie eine Criminal- oder Civilsache (causa criminalis oder civilis) ist, das Recht der dazu mitwirkenden Personen, des Richters als Vertreters des Staates und der Partheien in Betracht. Jenes, das Recht des Staates an dieser Sache darf von dem Richter nicht überschritten, dieses, das hypothetische Recht der Partheien, darf nicht verletzt, sie dürfen nicht als rechtlos behandelt werden. Deshalb z. B. darf der Richter in der Civilsache nur auf Anrufung (Klage) des Verletzten, des Klägers, einschreiten, deshalb der Beklagte und der Angeschuldigte im Criminalprozeß nicht ungehört verurtheilt werden u. s. w. Hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit einer Reihe einzelner, unter einander verknüpfter Acte, deren jeder der Ausdruck eines Rechts ist[1]), deren Gesammtheit ein Rechtsverhältniß organischer Natur (iudicium, Gericht in diesem Sinn) bildet. Insofern dieses Rechtsverhältniß nach einem eigenthümlichen ihm einwohnenden Gesetz entsteht, sich fortschreitend entwickelt und erlischt, ist es ein gerichtlicher Prozeß (Rechtsgang, processus iudiciarius). Die Rechtsform ist ihm

1) Hegel, Philosophie des Rechts § 222: „Der Rechtsgang setzt die Partheien in den Stand, ihre Beweismittel und Rechtsgründe geltend zu machen, und den Richter, sich in die Kenntniß der Sache zu setzen. Diese Schritte sind selbst Rechte."

wesentlich, weil durch die Sache und das persönliche Recht der Betheiligten gefordert; nur daß sich, wie bei allem Organischen, Kern und Schale unterscheiden, und daß nach dem allgemeinen Gesetz geschichtlicher Entwicklung jener, der Kern, als das Bleibende von dieser, der Schale, als dem Vergänglichen (Essentialien und Formalien) sich mehr und mehr entkleidet.

Auch die Rechtslehre, die es damit zu thun hat, wird Prozeß, Civil- und Criminalprozeß genannt, zwei Theile, die in der Darstellung um ihres innern Gegensatzes willen zweckmäßig von einander getrennt werden, obgleich geschichtlich, insbesondere in den Fällen des gemischten Unrechts, die Grenze eine fließende ist, insofern also in dem einen Rechtstheil der andre berücksichtigt werden muß.

Beide, weil Rechte des Staats und des Einzelnen betreffend, stehen zwischen Staats- und Privatrecht in der Mitte, jedoch der Criminalprozeß jenem, der Civilprozeß diesem näher, womit auch das verschiedene Interesse des Einen und Andern zusammenhängt. Der Criminal- oder Strafprozeß, mit Einschluß der ihn wesentlich ergänzenden Strafgerichtsverfassung und des Strafrechts selbst, weil die höchsten persönlichen Rechte des Bürgers dem Staate gegenüber und die Frage der Schuld berührend, hat ein höheres politisches und ethisches Interesse; der Civilprozeß mit Einschluß der Organisation des Civilgerichts, als Complement des Civilrechts, mehr technisch-juristisches. Wir meinen aber hiermit nicht das handwerksmäßige, sondern das wissenschaftliche, philosophisch-historische Interesse. Denn wie im Civilrecht der Rechtsbegriff in seiner schärfsten und vollständigsten Entwicklung zur Anschauung kommt, so muß auch die Pathologie und Therapeutik des civilrechtlichen Organismus für seine Physiologie besonders lehrreich sein oder, ohne Bild, es muß in diesem Mittelpunkt, von dem aus das Recht eines Volks stets von Neuem sich lebenskräftig regenerirt, die Eigenthümlichkeit seiner Rechtsauffassung, der Beitrag, den es zur Lösung der allgemeinen Aufgabe liefert, am deutlichsten hervortreten. Zu geschweigen, daß auch die durch das Civilgericht

bedingte allgemeine Rechtssicherheit von hohem politischem Interesse und deshalb Gegenstand großer nationaler Kämpfe, denkwürdiger legislativer Reformen gewesen ist [2]). Genug zum Beweise, wie wenig die früher herrschende gemeine Auffassung der Rechtslehre, mit der wir es zu thun haben, der Sache entspricht.

---

2. Geschichtliche Gestaltung.

§ 14. Der historische Standpunkt unsrer Darstellung des Civilprozesses ist der des gemeinen Rechts, d. h. zunächst der in dem deutschen Reich, so lange es bestand, geltenden Prozeßgesetze, also des römischen, des canonischen Rechts und der Reichsgesetze mit Einschluß der sie ergänzenden Jurisprudenz und des Gerichtsgebrauchs, im Gegensatz des ausschließlich in den einzelnen Territorien geltenden Prozeßrechts. Als Gesetze des Reichs haben sie freilich mit diesem ihre Bedeutung verloren. Aber als ein seinem Ursprung nach einheitliches Recht, also als gemeines Recht im historischen Sinn, haben sie in den einzelnen deutschen Staaten, theils materiell, theils selbst formell, gesetzliche Geltung behalten. Ja, da das gesammte Recht der europäischen Culturwelt aus gemeinsamer, wenn auch zwiespältiger, nehmlich römisch-germanischer Wurzel erwachsen ist, so steht dieses gemeine deutsche Prozeßrecht mit diesem größeren Rechtskreis in nahem, geschichtlich bedeutendem Zusammenhang. Und da es uns hier nicht sowohl auf die Gewinnung practisch anwendbarer Rechtssätze, als auf die Erkenntniß der leitenden Ideen und ihrer Entfaltung zum Rechtssystem als sichere Grundlage der Anwendung und legislativen Fortbildung des Rechts ankommt, so sind wir durchaus auf die geschichtliche Entwicklung dieses gemeinen Prozeßrechts hingewiesen.

2) Die Gesetzgebung der Zwölf Tafeln in dem ersten Theil der Geschichte des Civilprozesses, die Justizreformen Carls des Großen in dem zweiten und die Friedrichs des Großen in dem dritten werden dieß veranschaulichen.

Denn die Rechtsgeschichte ist ja überhaupt nicht die Erzählung dessen, was zu verschiedenen Zeiten zufällig für Recht gegolten, oder nach Laune und Berechnung äußerer Zweckmäßigkeit festgesetzt worden; auch nicht, wie Mißverstand der historischen Rechtsansicht es darstellt, die Beschreibung eines unbewußten Naturprozesses; sondern die Geschichte des Rechtsbewußtseins, also des einheitlich fortschreitenden denkenden Geistes. Die folgenden Generationen Eines Volks lernen in dieser, wie in allen andern Beziehungen, von den frühern und setzen ihre Arbeit in Lösung der allgemein menschlichen Aufgabe unter neuen Umständen, mit neu gewonnener Einsicht, mit weiterm Umblick fort. Desgleichen lernt ein später kommendes Volk von dem früher civilisirten, für das Recht vielleicht höher begabten und bildet das Empfangene in Verknüpfung mit dem Eignen eigenthümlich weiter. Jedes Volk ist also für den Fortschritt der Menschheit auch in dieser Beziehung ein mehr oder weniger bedeutendes Glied. Denn auch die Völker sind Individuen und je höher begabt um so einziger. Der Philosoph mag daher die vergleichende Betrachtung bis zu dem Recht der Inder und Chinesen ausdehnen; für die Weltgeschichte, die Geschichte des Geistes in Bezug auf Recht, sind nur die beiden Rechtsvölker, Römer und Germanen, von durchgreifender und bleibender Bedeutung. Ihre Auffassung des Rechtsbegriffs ruht aber auf so ganz verschiedener Weltanschauung und wurde von so verschiedener geistiger Begabung, unter so verschiedenen äußern Bedingungen durchgeführt, daß selbst abgesehen von der Zeitfolge eine abgesonderte Darstellung ihrer Rechtsentwicklung geboten ist. Auf beide hat ein drittes nicht eigentlich nationales, aber aus dem Orient stammendes Culturelement, das Christenthum, in seiner ursprünglichen Reinheit und seiner geschichtlichen Veräußerlichung (canonisches Recht) bedeutend eingewirkt. Endlich sind sie unter einander in Berührung und Kampf getreten, und das Resultat dieses Kampfes ist das in Deutschland, ja mehr oder weniger in Europa geltende gemeine Recht.

Innerhalb unsrer Rechtslehre, des Civilprozesses, treten

noch zwei Gegenstände gesondert hervor, die Organisation und Stellung des Civilgerichts, die Gerichtsverfassung, und der Prozeß im engern Sinn. Jene steht in engstem Zusammenhang mit der Staatsverfassung und mit dem Zustande der Rechtsquellen, den Gegenständen der sg. äußern Rechtsgeschichte und ist in ganz Europa überwiegend modernen, germanischen Ursprungs. Der Prozeß im engern Sinn als die Form, unter welcher die subjectiven Rechte vor Gericht verfolgt werden, steht mit deren System und der geschichtlichen Entwicklung desselben, also mit der sg. innern Rechtsgeschichte in nächster Verbindung und, wie das System des gemeinen Civilrechts überwiegend auf das römische gebaut ist und nur durch einzelne germanische Institute ergänzt wird, so haben auch im Prozeß die rationellen Principien des Erstern der Hauptsache nach den Sieg davon getragen.

Erster Theil.

Der Römische Civilprozeß.

Grundanschauung vom Recht und Rechtsstreit.

§ 15. Den Römern ist mit den Griechen die objective Weltanschauung gemein, nach welcher der Mensch nur ein Theil des Weltganzen, wenngleich als Träger des Geistes die höchste Erscheinung desselben ist. Allein anderer Seits unterscheiden diese stammverwandten Völker in ihrer geistigen Anlage sich wesentlich[1]).

Der dem Orient zugewandte Grieche hat den vorwaltenden Trieb, die Natur in ihrer organischen Einheit zu begreifen und die Menschenwelt als ihr Spiegelbild in idealer Schönheit darzustellen. Er unternahm es daher, auch das Ethische objectiv in dem harmonischen Ausbau des Staates zu verwirklichen, in dem der Einzelne schlechthin aufgeht. Kein Wunder daß, als dieß Ideal an der rauhen Wirklichkeit zerschellte, die Nation in individualistischer Reaction nur noch als Träger der Idee in Kunst und Wissenschaft sich über die alte Welt zerstreute.

Bei dem Römer und dem Italiker überhaupt, der wie sein Land nach Westen schaut, überwiegt der realistische Trieb,

1) Vgl. die schöne Parallele der griechischen und römischen Geistesanlage in Mommsens röm. Gesch. S. 23 fg., dem ich indeß nicht zustimmen kann, wenn er von dem „griechischen Wesen" behauptet, daß es schon ursprünglich „dem Einzelnen das Ganze" aufgeopfert habe. Woher unter dieser Voraussetzung der Dorismus, woher Plato's Republik?

die wirkliche Welt mit unterscheidendem Verstand und festem Willen zu beherrschen. Auch ihm ist der Staat das höchste sittliche Gut, die Tugend vorzugsweise Mannhaftigkeit des Bürgers (virtus). Allein sein unterscheidender Verstand läßt ihn auch den Werth der Einzelpersönlichkeit deutlich erkennen, sein besonnener Wille, fern von idealer Ueberschwänglichkeit, verlangt gleiche Anerkennung für diese wie für das Recht der Gesammtheit. Vermöge dieses Gleichgewichts beider Momente [2]) gelang es ihm, nicht nur einen Weltstaat ohne Gleichen zu gründen, sondern auch das Privatrecht mustergültig für alle Zeiten zu entwickeln. Denn auch der einzelne Mensch erscheint ihm als Person objectiv, der Wille des Einen und Andern nicht in ethischer Einigung, sondern in rechtlicher Sonderung [3]), und die einzelnen Beziehungen desselben zur Außenwelt desgleichen als einzelne, in sich abgeschlossene Objecte (res incorporales), ohne deshalb ihren Ursprung, nehmlich daß sie nur Attribute der Person sind, jemals zu vergessen, während freilich die Neueren nur zu oft mit den römischen Rechtsbegriffen, gleich als mit Segmenten von Peter Schlemihls aufgerolltem Schatten, ein gedankenloses Spiel treiben, der falschen Karten zu geschweigen, die sie in gutem Glauben untermischen.

Der Realismus des Römers aber findet seine natürliche Ergänzung in dessen Abergläubigkeit (*δεισιδαιμονία*), die nicht wie die griechische die Natur- und Sinnenwelt idealisirt, vergeistigt, sondern sowohl den sittlichen Mächten, durch welche der Mensch die sichtbaren Dinge beherrscht, als dem unbekannten Etwas, sei es Zufall oder Lenkung, wovon der Erfolg abhängt, einen abstract-persönlichen Ausdruck giebt und durch Cultus und

2) Daß die Römer von Anfang an den Gegensatz des öffentlichen und des Privatrechts in klarstem Bewußtsein trugen, zeigt sich in der scharfen Sonderung der Rechte der Gesammtheit (res publicae oder universitatis) und der Einzelnen (iura singulorum), vgl. *Gai.* II. § 10 sq., sowohl im Familien- und Personenrecht (§ 30 Note 12) als im Vermögensrecht (§ 30 Note 50).

3) Nur dieß, nicht daß „das Princip des subjectiven Willens, die Eigensucht, der Urquell des römischen Rechts" sei, wie Ihering, Geist des röm. Rechts I. S. 103 fg. will, kann ich zugeben.

Divination sich ihrer für seine Zwecke zu versichern sucht. Das religiöse Abhängigkeitsgefühl des Römers ist aber nicht wie bei dem Barbaren Furcht, sondern trägt den Charakter sittlicher Verpflichtung, der Gewissenssache (religio). Göttliches wie menschliches Recht (fas und ius) umschließt daher das gesammte öffentliche und Privatleben und beide stehen ursprünglich in der innigsten Verbindung, lösen sich aber allmälig von einander.

Von entscheidendem Einfluß auf die römische Rechtsentwicklung ist ferner, daß schon die Anfänge Roms in eine Zeit fortgeschrittener Cultur[4]) und lebhaften Verkehrs unter den Anwohnern des Mittelmeers fallen, den insbesondere Phönicier und Griechen, des Mutterlandes und der Colonien, vermitteln und an dem Italien mehr oder weniger Theil nimmt. Daher bei den Römern schon in sehr früher Zeit der Gebrauch 1) der Schrift[5]), durch welche auch der Rechtsgedanke zum objectiven Gesetz (ius scriptum) wird, und 2) eines allgemeinen Tauschmittels und Werthzeichens, des gewogenen Erzes, an dessen Stelle jeden Falls schon vor den zwölf Tafeln gemünztes Kupfergeld tritt[6]). Die hohe Bedeutung davon für die frühe Entwicklung des bürgerlichen Rechts, auch des Civilprozesses, zu zeigen, werden wir Veranlassung haben.

Alles zusammengenommen hat das römische Recht von Anfang an zwar seinen Stoff aus dem Geist und der Sitte des Volks genommen, der Form nach aber sich überwiegend unter dem Einfluß der Staatsgewalt und der Priesterschaft, an deren Stelle dann die Juristen treten, also autoritativ, in Gesetz und Gericht, und kunstmäßig als Rechtsweisheit (Jurisprudenz)

4) *Cic. de re publ.* II. 10. Romuli — aetatem — iam inveteratis litteris atque doctrinis omnique illo antiquo ex inculta hominum vita errore sublato fuisse cernimus. Nam — in id saeculum Romuli cecidit aetas, quum iam plena Graecia poëtarum et musicorum esset *rel.*

5) Beweis die schriftlichen Staatsverträge Roms aus der Könige Zeit u.A. Mommsen a.a.O. S. 211 folg. Ueber den allgemeinen Elementarunterricht im Lesen und Schreiben s. denselben S. 928.

6) Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 2. S. 3 folg. Mommsen, röm. Münzwesen S. 173 folg. hat es wahrscheinlich gemacht, daß die Decemvirn selbst diese wichtige Neuerung bewirkt haben.

entwickelt[7]). Diesem Umstand einer- und anderer Seits dem conservativen Sinn der Römer, dem Gleichgewicht fortbewegender und hemmender Kräfte und der dadurch bedingten stetigen Fortbildung durch Jahrhunderte[8]), verdankt das römische Recht seine formelle Vollendung, wir dürfen sagen seine classische Schönheit (elegantia iuris), die in den griechischen Kunstschöpfungen ihr Gegenbild hat.

Wie die Römer in diesem Geiste den Rechtsstreit und das Gericht aufgefaßt, soll in zusammenhängender geschichtlicher Entwicklung gezeigt werden. Nur als leitender Gesichtspunkt der Darstellung sei hier ihre Grundanschauung im Gegensatz der germanischen, die wir später zu begründen und zu entwickeln haben werden, angedeutet.

Das obrigkeitliche Gericht ist dem Römer der Vertreter des allgemeinen, objectiven Rechts und bedurfte deshalb, um volksmäßig zu sein, nur noch der Ergänzung durch Geschworne, die über die Thatsache urtheilen. Der Germane faßt das Recht überwiegend subjectiv, als thatsächliches Recht des Einzelnen und der Volksgenossen, das in jedem einzelnen Fall durch das Urtheil derselben (Schöffen) gefunden oder als Rechtsregel (Weisthum) den Nachkommen überliefert wird.

Da ferner die Römer auch das subjective Recht sich objectiviren, so entsteht im Fall seiner Verletzung nur ein Streit um dieses Recht, das als Actio von dem Berechtigten geltend gemacht und bewiesen, von dem Richter anerkannt und geschützt

7) Diese Seite des römischen Rechts ist wohl deshalb längere Zeit nicht genug gewürdigt worden, weil Hugo und Savigny bei Vertretung der historischen Rechtsansicht das Hauptgewicht auf die Entstehung des Rechts unmittelbar aus der Volksüberzeugung, als Gewohnheitsrecht, zu legen veranlaßt waren. Wirklich überwiegt dieses letztere im germanischen Recht.

8) Für das öffentliche Recht war dieß den Römern selbst bewußt. Von Cato sagt Scipio bei *Cic. de re publ.* II. 1. Is dicere solebat, ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus, quod in illis singuli fuissent fere, qui suam quisque rem publicam constituissent legibus et institutis suis —; nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot constituta saeculis et aetatibus.

wird. Die Germanen fassen das subjective Recht nur als Attribut der Person; wird es verkannt, so ist damit immer zugleich diese, die Person verletzt; der Berechtigte, wenn er das ihm zugefügte Unrecht nicht selbst rächen will, klagt es dem Richter. Der Beklagte ist dann zunächst berechtigt, die ungerechte Beschuldigung durch seinen Eid oder ein Gottesurtheil zurückzuweisen, durch dessen Ausfall die ganze Sache entschieden ist. Nur wenn der Eine oder Andere will, kann er den Beweis seines Rechts antreten und ein Urtheil darüber verlangen, also gewissermaßen das Possessorium in das Petitorium, den accusatorischen Criminal- in den reinen Civilprozeß überleiten. Kurz, die römische Rechtsanschauung betont überwiegend das Recht, die germanische die Verletzung[9]), und die ganze Gestaltung des Rechtsstreits ist dadurch bedingt.

Die Geschichte des römischen Civilprozesses zerfällt nach drei Grundformen, die sich successiv einander ablösen, jedoch zum Theil in die frühere Periode zurück- und in die folgende übergreifen, in drei Abschnitte:

1) Die Legis Actio ist die älteste Form des Rechtsgangs, als Gegenstand priesterlicher Geheimkunde und gleich ängstlicher Obhut der ältesten Juristenschule, etwa bis in die Mitte des sechsten Jahrhunderts der Stadt;

2) die Formula bildet, nachdem der freie Weltverkehr jene Bande gelöst, die in der Gerichtsverwaltung selbst sich vollendende Gestalt des bürgerlichen Rechtsstreits und seiner Schlichtung, bis Ende des dritten Jahrhunderts nach Christi Geburt;

3) die Cognitio kennzeichnet die Zeit des Verfalls unter

9) Auch hier haben unsere Civilisten, vor Allen Savigny, der meines Wissens zuerst oder doch am Bestimmtesten die actio als durch ein Recht und dessen Verletzung bedingt bezeichnete, die römische Auffassung durch ein germanisches Element getrübt, wovon man neuerdings zurückgekommen ist. Vgl. unten § 35 Not. 8 folg. Die Germanisten, bei denen ich eine befriedigende allgemeine Erklärung der Sonderbarkeiten des germanischen Prozesses nicht gefunden, muß ich freilich um Geduld bitten, bis es mir gelungen ist, die meinige zu beweisen.

dem büreaukratischen Absolutismus des sinkenden Kaiserreichs;

so jedoch, daß die angedeutete Grundanschauung vom Wesen des Rechtsstreits in allen dreien dieselbe bleibt und, in die Justinianischen Rechtsbücher aufgenommen, zunächst mit der germanischen in Kampf trat, dann, siegreich über diese, bis zu uns gelangen konnte.

Erster Abschnitt.

Legis Actiones.

Quellen.

Urkunden, diese unbefangensten Zeugen untergegangener Zustände, die in unsern Tagen in neuer Fülle aus der Erde steigen und unter den Auspicien der K. Akademie der Wissenschaften in Berlin durch Fr. Ritschl und Th. Mommsen mit früher unbekannter kritischer Sorgfalt und sachlicher Einsicht herausgegeben werden (*Corpus Inscr. lat. Vol.* I. *Inscriptiones latinae antiquissimae. Berol.* 1863. *Pars prior p.* 3—40), erzählen zwar die Thaten der Scipionen und anderer Helden bis zum zweiten punischen Kriege, sagen aber nichts über die gleichzeitigen friedlichen Vorgänge vor Gericht. Auch die alten Münzen sind stumm über die Verhandlungen, bei denen sie eine so große Rolle spielten (sacramentum, nexum, litis aestimatio u. A.). Die Kalendarien aus Augustus' Zeit, zum erstenmal in sicherm Text bekannt gemacht (*ibid.* p. 293—412), enthalten zwar den alten Gerichtskalender, die nähere Bestimmung und Deutung desselben aber hat große Schwierigkeit.

Um so schätzbarer sind die mehr oder weniger wörtlich erhaltenen Bruchstücke des Inhalts der Gesetzesurkunden, vor Allem des Zwölftafelgesetzes, das den Mittelpunkt des Prozeßrechts dieser Periode bildet, aber einer befriedigenden Restitution noch wartet. In deren Ermangelung citire ich nach Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafel-Fragmente Leipz. 1824. Weniger bedeutend sind die von *Festus* v. *nancitor* überlieferten Worte des latinischen Bündnisses von 261 d. St., der Lex Valeria Horatia von 305 bei *Liv.* III, 55, der Lex Papiria bei *Festus* v. *Sacramentum*, der Lex Plaetoria bei *Censorin. de die nat.* 24, der Lex Cincia a. 550 bei *Festus* v. *muneralis, Tac. Ann.* XI, 5 u. A.

Schriftsteller, auf der Grenze dieser und der folgenden Periode stehend, geben nur geringe Ausbeute. Welchen Werth hätte es, wenn wir von eines Rechtsgelehrten, Geschäfts- und Staatsmannes wie Cato (a. 520—605) juristischen Schriften nur etwas, von seinen gerichtlichen Reden mehr als einige dürftige Bruchstücke besäßen. Sein Buch von der Landwirthschaft enthält für unsern Zweck nur wenig. Plautus (500—570) kleidet die Rechtsfälle der menandrischen Lustspiele in römische, seinem Publicum vom Forum her wohlbekannte Formen, macht aber als Dichter auf juristische Genauigkeit keinen Anspruch. Ein von Ennius (518—585) bildlich gebrauchter Ausdruck, bei *Gell.* XX, 10, giebt Aufschluß über eine merkwürdige Wandlung des Prozesses der zwölf Tafeln.

Denn die Sprache ist auch hier der sicherste Zeuge von längst verschwundenen Dingen. Deshalb sind von spätern Schriftstellern die Grammatiker so wichtig, vor allen Varro, der in der Liebe für Sprache und Sitte seines Volks unserm J. Grimm verglichen werden kann. Wie gern würden wir aber seine lächerlichen Etymologien hingeben, wenn wir dafür seine Bücher de vita populi Romani oder antiquitatum gewinnen könnten.

Unter den classischen Juristen scheint der archaistische Trieb in Hadrians Zeit den Sextus Pomponius zu seinem sehr unkritischen und unhistorischen Abriß der äußern Rechtsgeschichte angeregt zu haben, der die Entstehung der richterlichen Obrigkeiten und der von ihnen gebrauchten Rechtsquellen erzählt. Demselben Triebe folgend schrieb „unser Gaius" seinen Commentar über die Zwölf Tafeln, von dem leider nur 20 Pandekten-Fragmente erhalten sind, und giebt im vierten Buch seiner Institutionen unschätzbare Aufschlüsse über die Legis Actiones, durch welche wir diese als die älteste römische Prozeßform allererst kennen gelernt haben. Aber auch wo die spätere Jurisprudenz nicht rechtshistorische Zwecke verfolgt, werden wir uns mehrfach auf ihre Aussprüche berufen, insofern Principien des ältesten Rechts vermöge der bemerkten geschichtlichen Continuität darin zu Tage kommen.

Allen diesen verschiedenen Arten schriftlicher Aufzeichnung waren die sollennen Abkürzungszeichen (notae) gemein, deren verschiedene Sammlungen, vor allen die des Valerius Probus, Th. Mommsen in H. Keils Ausgabe der lateinischen Grammatiker p. 265—352 vortrefflich bearbeitet hat. Daß selbst die Paläographie von den Dingen Zeugniß geben kann, bringt Valerius Probus § 4. In legis actionibus *rel.* in erfreulichster Weise zur Evidenz.

Die Bearbeitung des Rechts der Legis Actiones hat seit der Entdeckung von Gaius sich diesem interessanten Stoff von vielen Seiten zugewendet. Das Bedeutendste scheint mir Keller in seinem reichhaltigen Büchlein: der römische Civilprozeß 2. Ausgabe. Leipzig 1855. §§ 12—22 geleistet zu haben, der mit ebensoviel practischem bonsens als philologischem Scharfblick aus den alterthümlichen Formen den lebendigen Kern herauszuschälen und die Verbindungsglieder mit dem spätern Recht aufzufinden wußte.

I. Gerichtsverfassung.

A. Die Gerichtsobrigkeit.

1. Arten derselben.

§ 16. Den Römern ist ursprünglich, wenn auch nur in dunkler Vorstellung, die organische Anschauung vom Staate eigen[1]), wonach er, gleich dem menschlichen Organismus, nicht nur der Glieder, sondern auch eines Hauptes bedarf[2]), einer Obrigkeit, der gekornen oder gebornen, d. h. nicht eines von der Menge beauftragten und von ihr abhängigen Geschäftsführers[3]), sondern eines Vertreters der dem Ganzen zum Grunde liegen-

1) Menenius Agrippa, plebejischer Abkunft, machte davon im derben Bauernstyl seiner Zeit (prisco illo dicendi et horrido modo *Liv.* II. 32) mit glücklichstem Erfolg Gebrauch; denn daß der Magen das Centralorgan sei und doch nicht ohne Hülfe der andern Glieder bestehe, war seinen Standesgenossen, gleich den heutigen Italiänern, leicht begreiflich zu machen.

2) Das Gegenstück zu Menenius' Gleichnißrede aus späterer gräcisirender Zeit ist Cicero's dem Plato nachgebildete Ausführung (*de re publ.* I. 38 sqq.), daß, wie die Vernunft die Leidenschaften, so Einer im Staate die Menge beherrschen müsse.

3) Dieser öffentliche Dienst ohne Macht (potestas) und Würde (honor) ist die Erfindung unsrer modernen Demokratie, die im größten Maaßstab in Nordamerika, im kleinen in der Preußischen Städteordnung von 1808 sich verwirklicht findet. Auch den großen Staatsmännern, Washington und Stein, ist es nicht gelungen, im Kampf mit den auflösenden Principien ihres Jahrhunderts eine wahre Obrigkeit zu schaffen.

gen Idee, also auch der Rechtsidee, der mit der ganzen dieser Idee einwohnenden Macht allen Einzelnen gegenüber auftritt.

Eine solche Obrigkeit ist in der ältesten Zeit Roms der König (rex), der zwar die höchste Regierungsgewalt (imperium) durch Beschluß der Bürgerschaft (lex curiata) empfängt, auch unter Beirath ihrer Elderleute, des Senats, die öffentlichen Angelegenheiten leitet, und das Recht nur unter Zustimmung der nach Geschlechtern und Curien berufenen Bürgerversammlung (comitia curiata) ändern kann, aber selbständig ist als Führer des Volksheers im Kriege und als persönlicher Richter über Bürger und Schutzverwandte in Civil- und Criminalsachen, in letztern selbst ohne Berufung ans Volk, wenn er selbst das Urtheil gesprochen[4]). Man mag also wohl zweifeln, ob das römische Königthum, wie es die Alten ansehen, als Wahlmonarchie, oder mit den Neuern als lebenslängliche Magistratur zu betrachten sei.

§ 17. Als nun im dritten Jahrhundert der Stadt durch Mißbrauch dieser uneingeschränkten Gewalt und eine aristokratische Revolution die Königswürde fiel, blieb dennoch die Grundanschauung dieselbe, nur daß das königliche Imperium auf zwei jährige Obrigkeiten überging, die als Gleichberechtigte Consules, als Vorstände und Heerführer Praetores, als höchste Richter Iudices heißen. Denn auch sie üben, jeder für sich, eine durchaus persönliche und uneingeschränkte Gewalt, sind unabsetzbar und nach Ablauf ihrer Amtszeit keine Rechenschaft schuldig, wenngleich alsdann, wie jeder Bürger, der Anklage wegen Gesetzesverletzung unterworfen. Nimmt man hinzu, daß das Consulat auf die altbürgerlichen (patricischen) Geschlechter beschränkt war, das Imperium also nur unter ihnen jährlich von Hand zu Hand ging und die politische Leitung nothwendig der permanenten, freilich nun auch aus vornehmen plebejischen Familien (patres conscripti) ergänzten Körperschaft des Se-

4) Anders, wenn er das Urtheil durch Duumviri perduellionis sprechen ließ. *Liv.* I. 26. So sind *Cic. de re publ.* II. 31 und Pomponius *L. 2. § 16. D. de or. iur.* (1, 2) zu vereinigen.

nates zufallen mußte: so wird man die neue Verfassung als Aristokratie ansprechen müssen. Die Freiheit gewann, indem nunmehr die letzte Entscheidung in die vereinigte, nach Classen und Centurien berufene Versammlung der Bürgerschaft (populus) und schutzverwandten Gemeine (plebs) verlegt ward. Für die uns zunächst interessirende allgemeine Rechtssicherheit aber war es ein Fortschritt, daß von dem Strafurtheil des Consuls über Leib und Leben eines Bürgers immer Berufung (provocatio) an diesen Comitiatus maximus stattfand (Lex Valeria a. 245), und in Civilsachen bei concurrirender Gewalt der beiden, persönlich gleichberechtigten Consuln die Rechtshülfe von jedem gesucht, auch gegen die Willkühr des einen die Intercession des andern angerufen werden konnte.

Die Unterscheidung dieser beiden Zweige der Rechtspflege, auf dem Gegensatz des öffentlichen und des Privatrechts beruhend, war hierdurch noch schärfer angezeigt, ja für jeden derselben ein ganz verschiedenes Schicksal vorbereitet. Daß die Strafgewalt in Capitalsachen durch die Provocation, abgesehen von der militärischen Zucht des Feldherrn außerhalb der Stadt, die sie nicht zuließ, wesentlich in die Hände des souveränen Volks gelegt, in diesen Volksgerichten (iudicia publica) in den Kreis der politischen Leidenschaften gezogen ward, hat ihre begriffsmäßige Ausbildung auf Jahrhunderte, bis nach Untergang der Freiheit verzögert. Zwar ward auch die Gerichtbarkeit (iurisdictio) in Civilsachen (iudicia privata) sofort Ursache heftiger politischer Kämpfe; aber deren Erfolg hat nur zu fernerer Entfaltung ihres Princips und zu ihrer Vervollkommnung gedient.

Alsbald nehmlich wird von der Gemeine (plebs) über Bedrückung durch die patricischen Consuln, insbesondere in Schuldsachen, geklagt, und in der Secession auf den heiligen Berg (a. 260) das Recht errungen, sich durch den Einspruch ihrer Vorsteher, der Tribuni plebis, gegen jeden Act des consularischen Imperiums zu schützen. Für die Einzelnen mochte dieser ungeregelte Schutz durch unverletzliche Vertreter der Gemeine als

ein Fortschritt erscheinen. Politisch war damit nicht sowohl der Friede zwischen beiden Ständen, als das Mittel den Kampf fortzusetzen gewonnen. Auch der wiederholte Versuch einer Ausgleichung, erst durch eine gemeinschaftliche Magistratur an Stelle der Consuln und Volkstribunen, die Decemvirn, dann durch Erwählung von Militartribunen mit consularischer Gewalt, mißlang, bis endlich (a. 387 d. St.) durch die Licinisch-Sextischen Gesetze das Consulat selbst jedem Verdienst ohne Unterschied der Abkunft eröffnet und damit, wie durch die fernere Entwickelung des Senats, dieser imponirenden „Versammlung von Königen", deren traditioneller Weisheit die eigentliche Staatslenkung anvertraut blieb, also mit dieser ächten Aristokratie, d. h. einer Herrschaft der Tüchtigsten und Besten, die sich jedoch über alle Lebensfragen mit der Gesammtheit des Volks auseinandersetzen mußte, der Grund zur wachsenden Größe Roms gelegt ward.[1])

Mittlerweile hatte nicht bloß das vergebliche Streben der patricischen Geschlechter, einzelne Befugnisse des Consulats für sich zu retten, sondern ohne Zweifel ebensowohl das practische Bedürfniß zur Abzweigung neuer Aemter geführt. Das erste (a. 311) war das Amt der beiden Censoren, die mit dem Rechte, bei der Schatzung (census) die Bürger nach Vermögen und Ehrenhaftigkeit den verschiedenen Ordnungen zuzutheilen, ein politisches Sittenrichteramt einzig in seiner Art verwalteten. Sodann gleichzeitig mit dem Sieg der Gemeine (a. 387) das Amt des Prätor urbanus, eigentlich eines dritten, aber an Rang und Macht den beiden ersten nachstehenden, patricischen Consuls, sei es um ihrem Stande die mit der priesterlichen Geheimkunde verbundene Jurisdiction vorzubehalten, oder um, wenn die Consuln zu Felde lagen, den Fortgang der städtischen Geschäfte, insbesondere der Rechtspflege zu sichern[2]). Ferner

1) Durch diese Mischung des im Consulat erhaltenen monarchischen Elements, des aristokratischen im Senat und des demokratischen in den Bürgerversammlungen erschien die römische Verfassung dem Polybius (VI. 11 sqq.) als die vollkommenste der ihm bekannten.

2) Den ersten Grund giebt *Liv.* VI. 42. VII. 1., den zweiten Pomponius *L. 2. § 27. D. de orig. iur.* (2, 1) für die Einführung der

der curulischen Aedilen neben den ältern plebejischen für die Markt- und Straßenpolizei und die darin vorkommenden Rechtshändel. Zuletzt, a. 507, also gegen das Ende dieser Periode, eines zweiten Prätors für die Fremden (Praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit), die nun schon, nachdem Rom das Haupt der italischen Eidgenossenschaft und ein Mittelpunkt des Weltverkehrs geworden, zahlreich in der Stadt zusammenströmten[3]).

Die Grundanschauung, daß jeder Magistrat mit höchster obrigkeitlicher Gewalt (imperium) auch Richter, auch bei niedern Beamten Verwaltung und Justiz principiell nicht getrennt sei, ferner daß die gleiche oder höhere Berechtigung zweier Magistrate (par maiorve potestas) deren Concurrenz und die gegenseitige Intercession begründe, war damit nicht aufgegeben; wie denn die Consuln sich nur auf Grund der geordneten Geschäftsvertheilung in der Stadt des Rechtsprechens enthielten, und der Prätor urbanus jedes Staatsgeschäft besorgen konnte, ja regelmäßig Vertreter der abwesenden Consuln war. Allein daß die Civilrechtspflege thatsächlich den beiden Prätoren überwiesen, hiermit also als ein eigenthümlicher Geschäftszweig von der eigentlichen Staatsverwaltung, der Criminaljustiz und dem Sittengericht ausgeschieden war, mußte dennoch für deren fernere

Prätur an. Varro's Etymologie (*de LL.* V. 14. 16) von praeire iure et exercitu stimmt zu der ursprünglichen Anwendung dieses Namens auf den Consul, nicht zu der Bedeutung des Praetor urbanus. Er ist der städtische Vorstand (von praeesse) der Gemeinde und des Gerichts; daher noch später Praetor vel qui Romae iuri dicundo praeest. *Lex Rubr.* c. 21. lin. 42. 51 und sonst. Praetor qui inter cives ius dicit konnte er erst nach Einführung des Praetor peregrinus heißen. Hiernach ist die gewöhnliche Zeitbestimmung der Lex Papiria a. 311 (*Festus* v. *Sacramentum*) und der Lex Plaetoria a. 387 (*Censorin. de die nat.* 24) gewiß unrichtig.

3) Ursprünglich für die Rechtshändel der zufällig in Rom anwesenden verbündeten Fremden (hostes, peregrini) mit römischen Bürgern, *Orelli-Henzen* 6428: is qui inter cives et peregrinos ius dicit; später auch für die Peregrinen unter sich. *Lex rep.* a. 631 *M. p.* 58. XII. *Lex Rubria* c. 20. *lin.* 34. Praetor oder is qui Romae inter peregrinos ius dicit. Und nun kann er auch Praetor peregrinus heißen. *Gai.* I. § 6. Pomponius in *L. 2. § 28. D. de or. iur.* (2, 1) wirft die Zeiten durch einander.

Entwickelung und die des Civilrechts selbst von dem glücklichsten Einfluß sein.

§ 18. Dieselbe Aenderung der Verfassung, vermöge deren in Rom das königliche Imperium auf zwei jährige Obrigkeiten überging, ein verwaltender Senat diesen zur Seite stand, die Gesetzgebung aber der Bürgerschaft vorbehalten blieb, ist auch bei allen andern Völkerschaften Italiens früher oder später eingetreten[1]). Als nach fortgesetzten Kämpfen eine nach der andern, zu Ende des fünften Jahrhunderts alle, Roms Oberhoheit anerkannt hatten, war das staatsrechtliche Verhältniß dieser zahlreichen Gemeinden zu der herrschenden Republik, und somit auch ihre Gerichtsverfassung, noch sehr verschieden[2]).

Im engsten Verbande mit Rom standen sowohl die mit dem vollen oder doch mit dem passiven Bürgerrecht (civitas sine suffragio et iure honorum) beliehenen Städte (municipia), als die in unterworfene Orte zur Behauptung der Herrschaft ausgesandten Bürgercolonien (coloniae civium Romanorum). Sie mochten nun, wie die Colonien immer, die Municipien zuweilen, eine selbständige Verfassung mit Obrigkeit, Senat und Volksversammlung (rem publicam separatim) haben oder rechtlich ganz in die römische Gemeinde aufgehen: immer waren ihre Bürger, weil Römer[3]), auch den römischen Gesetzen und Gerichten unterworfen. So kam es, daß die Gerichtbarkeit des Prätor urbanus zu Ende dieser Periode auch von fernwohnenden Bürgern gesucht ward[4]) und sich auf ein weites

1) Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 240. 332. 415.

2) Ueber Beides haben für diese Periode erst neuere Untersuchungen Licht gebracht. Deren Resultate s. bei Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 4 folg. Vgl. Mommsen, röm. Münzwesen IV. §§ 6. 8. 9. S. 308 folg.

3) *Cic. de leg.* II. 2. — omnibus municipibus duas censeo esse patrias, unam naturae, alteram civitatis, ut ille Cato, cum esset Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est. itaque cum ortu Tusculanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris. *Id. de leg. agr.* II. 32, *pro Sulla* 7.

4) So sagt *Cato de re rust.* 149, nachdem er für die verschiedenen ländlichen Mieth- und Kaufverträge Anweisung gegeben, Prozesse durch Pfand, Eid oder Schiedsmannsspruch zu verhüten: Si quid de iis rebus controversiae

italisches Gebiet erstreckte [5]). Ausführbar war dieß freilich rücksichtlich der entfernteren Orte nur durch die concurrirende Gerichtbarkeit örtlicher Obrigkeiten (magistratus municipales), theils ursprünglich einheimischer, von der Commune selbst erwählter (Praetores, Dictatores u. s. w.) [6]), theils, und zwar in der Mehrzahl, von Rom aus dahin gesandter Vertreter des Prätor urbanus (Praefecti iuri dicundo) [7]).

Größere Selbständigkeit in jeder Beziehung behaupteten die Rom nur verbündeten Gemeinheiten (civitates foederatae, socii), unter denen der latinische Bund (nomen Latinum) nebst den gemeinschaftlich mit ihm ausgesandten Colonien (coloniae Latinae) die erste Stelle einnahm. Nach Maaßgabe des Bundesvertrags (foedus) zu Hülfstruppen und andern Kriegsleistungen verpflichtet, genossen sie übrigens vollkommene Autonomie, also eigne Gesetzgebung und Gerichte [8]). Die durch das Bündniß begründete Rechtsgleichheit sicherte nur ihren Bür-

erit, Romae iudicium fiat. Anders Mommsen, röm. Gesch. I. S. 806 Note.

5) *Gell.* XX. 10, 9. Sed postquam Praetores propagatis Italiae finibus — proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur *rel.* Vor Ennius' Zeit (*Gell.* § 3.), also nachdem im fünften Jahrhundert d. St. Latium, Campanien u. s. w. römisch geworden. Vgl. unten § 39.

6) So z. B. behält Capua, auch nachdem es 416 oder 420 d. St. civitas sine suffragio erhalten hatte (Mommsen, röm. Münzwesen S. 334), seine alte höchste Obrigkeit, den Meddix tuticus (*Liv.* XXIV. 19) bis zu seinem Abfall nach der Schlacht von Cannae a. 546 d. St. *Liv.* XXVI. 16. Wenn aber schon seit 437 d. St. zeitweise ein Präfect dahin gesandt wurde (*Liv.* IX. 20), so erkläre ich mir dieß aus innern Streitigkeiten und der concurrirenden Gerichtbarkeit des Praetor urbanus. Andere Beispiele bei Walter, Rechtsgesch. §§ 90. 212.

7) Theils in comitiis tributis gewählt, nehmlich die vier Präfecten in Campanien (*Dio Cass.* 54, 26 *οἵ τε τέσσαρες οἱ ἐς τὴν Καμπανίαν πεμπόμενοι*), theils vom Praetor urbanus unter von ihm gesetzten Bedingungen (legibus) für ein Jahr bestellt. *Festus* v. *praefecturae M. p.* 233a. *Liv.* XI. 20. *Plaut. Captiv.* IV. 3, 7 (907). Daß alle Municipien und Bürgercolonien ursprünglich Präfecturen gewesen, scheint mir aus der Stelle des Festus nicht zu folgen. Vgl. Marquardt a. a. O. S. 21 folg., Mommsen, röm. Münzwesen S. 336 Note 130.

8) *Varro de LL.* V. § 3. Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut „hostis“: nam tum eo verbo significabant peregrinum, qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum, quem tum dicebant

gern die Rechtshülfe des Praetor peregrinus gegen Römer, und diesen den gleichen Schutz von Seiten ihrer örtlichen Gerichtsobrigkeit [9]). Ueber den Ort der Verhandlung entschied in der Regel der persönliche Gerichtsstand des Beklagten, ausnahmsweise die Entstehung des Schuldverhältnisses oder freie Uebereinkunft [10]).

Wie übrigens Rom seine oberhoheitlichen Rechte über die gesammte italische Eidgenossenschaft durch seine Consuln als höchst Commandirende oder die Prätoren vermöge speciellen Auftrags [11]) übte, so lag es nahe, nachdem überseeische Länder, Sicilien, Sardinien und Corsica und die beiden Hispanien erworben waren, für denselben Zweck jährlich eigene Prätoren dahin zu senden, wodurch deren Zahl mit Einschluß der beiden städtischen auf sechs stieg [12]). Dennoch war die Lage dieser neuen Unterthanen des römischen Volks gegenüber den alten italischen Verbündeten eine wesentlich andere, nachtheiligere. Denn nicht nur wurden sie durchweg steuerpflichtig, sondern hatten auch den römischen Prätor zum alleinigen, unumschränkten Richter in Civil- und

perduellem. Vgl. *L. 5. § 2. D. de captivis* (49, 15). Nur ausnahmsweise wurden römische Gesetze auf alle Italiker ausgedehnt. *Liv.* XXXV. 7, XXXIX. 18.

9) Vgl. unten § 21 Note 18 und § 25.

10) Die lex Hieronica: ne extra suum forum vadimonium promittere cogatur (*Cic. in Verr.* III. 15) war Sicilien gewiß nicht eigenthümlich, weil in der Natur des Gerichtszwangs begründet. Ueberdieß wird die Regel durch die Ausnahme, z. B. den Gerichtsstand des Vertrags, den schon das älteste latinische Bündniß a. 261 d. St. kennt (*Dionys.* IV. 95, unten § 25 Note 3), bestätigt.

11) Darauf und nicht auf die dem Praetor urbanus regelmäßig zustehende Controle der italischen Bundesgenossen möchte ich zurückführen, was Mommsen (oskische Studien, Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. XIII. S. 174 folg.) zur Bantinischen Tafel bemerkt.

12) *Pomp. L. 2. § 32. D. de or. iur.* (1, 2). Capto deinde Sardinia, mox Sicilia, item Hispania, deinde Narbonensi provincia, totidem Praetores, quot provinciae in ditionem venerant, creati sunt, partim qui urbanis rebus, partim qui provincialibus praeessent. Vgl. Mommsen, röm. Gesch. I. S. 538. 678, Becker-Marquardt a. a. O. II. 2. S. 184, III. 1. S. 72 folg.

Criminalsachen, woneben zwar Selbstverwaltung der Commune, Autonomie und Civilgerichtbarkeit aber nur als besondere Begünstigung privilegirter Orte bestand.[13]). So bildete sich schon zu Ende dieser Periode der tief greifende Unterschied Italiens und der Provinzen, dessen vollständige Entwickelung freilich erst der folgenden angehört[14]).

Auch die Einrichtung der besoldeten Unterbeamten (apparitores) der Magistrate[15]), die hier nur als **Gerichtsgehülfen** in Betracht kommen, reicht in der Könige Zeit zurück.

So hatte der Prätor vermöge seines Imperiums die königlichen **Lictoren** als Ehrenwache und zu Vollstreckern seiner Befehle, und zwar kamen ihm als Collega Consulum deren sechs zu, von denen er jedoch bei Verwaltung der städtischen Jurisdiction nur zwei gebrauchte[16]). Denn in Civilsachen kam es mehr darauf an, den berechtigten Privatwillen zu schützen, als zwingend und strafend einzugreifen[17]). Ueberdieß standen

13) In Sicilien hatten nach dem Organisations-Edict des P. Rupilius (622 d. St.) Bürger derselben Stadt das Recht, ihre Streitigkeiten unter sich nach ihren Gesetzen, also auch durch ihre Stadtobrigkeit zu schlichten. In allen andern Fällen war der Prätor competent, der jedoch römische oder sicilische Geschworne bestellte. *Cic. Verr.* II. 13. 37. 38. In Sardinien gab es keine privilegirten Städte, in Hispanien nur wenige.

14) Vgl. **Savigny**, Gesch. des röm. Rechts im MA. I. § 6 folg.

15) Näheres über die Verhältnisse derselben s. unten § 77.

16) So vereinigt sich leicht der bei **Polybius** ihm constant gegebene Name *ἑξαπέλεκυς στρατηγός* mit der lex Plaetoria von ungewissem Datum: Praetor urbanus — duos lictores apud se habeto. *Censorin. de die nat.* 24. *Plaut. Epid.* I. 1. 26. *Cic. de leg. agr.* II. 34. Die Provinzialprätoren, denen die gesammte Verwaltung, auch die Criminaljustiz oblag, gebrauchten die volle Zahl. *Cic. Verr.* V. 54. Vgl. **Mommsen**, die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat S. 7 Note 15.

17) S. unten die in ius vocatio des Beklagten § 31, die Herbeischaffung der streitigen Sache § 39, die Execution §§ 52. 53, wo überall der Kläger unter dem Schutz des Praetors thätig wird, und dagegen nur die Bestrafung des fur manifestus § 47 und die Interdicte § 54, die durch die Unterbeamten des Praetors vollstreckt werden. — Auch die Mitwirkung der Lictoren bei Handlungen der

ihm für die Vorladung (vocatio) oder Verhaftung (prensio), wie den Aedilen bei ihrer Polizei- und Marktjurisdiction für die Auspfändung (pignoris capio) eines Ungehorsamen, auch Viatoren zu Gebot[18]). Eines Praeco konnte er nicht entrathen, der, wie später in Criminalprozessen, aus der um das Tribunal versammelten Menge die Partheien, ihre Redner, die Zeugen u. s. w. der Reihe nach aufrief. Eher des Scriba, da es in dem mündlichen Verfahren der Legis Actiones nichts zu schreiben gab und nur selten Urkunden zu verlesen waren[19]). Sein Accensus verkündete auf dem Comitium, als der Gerichtsstätte, die für die gerichtlichen Verhandlungen bedeutenden Tagszeiten[20]).

---

2. Verhältniß der Gerichtsobrigkeiten zu den Rechtsquellen.

§ 19. Bei der unabhängigen Stellung der Gerichtsobrigkeiten und ihrer ausgedehnten Macht entsteht die Frage: worin die Bürgschaft für ihre gerechte Verwaltung lag? — Die Römer suchten und fanden diese von jeher in dem Gesetz, als objectiver, den Richter schlechthin bindender Rechtsnorm. Zunächst in dem Prozeßgesetz, das den Partheien den fest geordneten Rechtsgang, also die vollständige Möglichkeit, ihre Rechte geltend zu machen, sichert, jede Willkühr in dieser Hinsicht ausschließt. Sodann in dem ausgebildeten und sicher bezeugten Civilrecht, das der Richter bei Entscheidung des Rechtsstreits nicht erst zu finden, sondern nur anzuwenden hat.

freiwilligen Gerichtbarkeit (s. §36 Note 6) macht eine größere Zahl nicht nothwendig.

18) *Gell.* XIII. 12. Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 380. Vgl. unten § 77.

19) Vgl. § 51. Hieraus erklärt es sich, daß den Consuln und Praetoren von Alters her keine eignen Schreibercollegien (decuriae Scribarum) beigegeben waren. S. § 77.

20) *Plin. hist. nat.* VII. 60. *Varro de LL.* VI. § 89. Vgl. unten § 28 Not. 41—43.

Dieß galt schon von dem Imperium des Königs, das von den Alten als an die Gesetze gebunden (imperium legitimum) bezeichnet[1]) und deshalb von Neuern mit Unrecht der nur durch Sitte beschränkten Gewalt des Hausvaters (paterfamilias) verglichen wird[2]). Obgleich als König und Oberpriester selbst Träger des traditionellen, durch die Religion geheiligten Rechts, zeigt sich doch seine Gebundenheit an dasselbe theils darin, daß er es nur unter Zustimmung der Bürgerschaft (lex curiata) ändern kann, theils in dem Widerstand, den die Rechtssprüche der Pontifices und Augurn, vielleicht jetzt schon in schriftlichen Weisthümern zusammengestellt (libri Pontificii und Augurales)[3]), ihm entgegensetzten[4]). Bruchstücke dieser Jurisprudenz der Pontifices sind es, die unter dem Namen leges regiae durch des Granius Flaccus, eines Juristen aus J. Caesar's Zeit, Commentar über die Sammlung des Pontifex Papirius (Ius Papirianum) bis auf uns gekommen sind[5]).

Daß die früheren Könige Volksschlüsse über Civil- und Prozeßrecht beantragt (leges regiae), ist nicht wahrscheinlich. Erst die große Verfassungsreform, als deren Urheber K. Servius Tullius später gepriesen ward, scheint neben andern der Gemeine (plebs) bestimmten Rechtswohlthaten, als ihrer corporativen Organisation nach Tribus, ihrer Vereinigung mit der Bürgerschaft in den Centurien, vielleicht selbst im Hinblick auf die

1) *Sallust. Catil.* 6. Des Pomponius ganz unhistorische Darstellung *L. 2. § 1. D. de or. iur.* (1. 2): Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur, bedarf keiner Widerlegung.

2) Mommsen, röm. Gesch. I. S. 64, dem ich den Hinweis auf Sallust verdanke, setzt sich mit ihm, wie mir scheint, durch diesen Vergleich in Widerspruch. Der Orient bildet den Staat patriarchalisch der Familie nach, Griechen und Römer haben ihn von Anfang an als eine eigenthümliche Lebensordnung aufgefaßt.

3) *Cic. de re publ.* II. 31. Provocationem — etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales.

4) Z. B. des Attus Navius, als Tarquinius die Centuriae Equitum verdoppeln wollte.

5) Vgl. Puchta Instit. § 37, Walter Rechtsgesch. § 424, Rudorff Rechtsgesch. I. § 93.

Einführung des Consulats[6]), eine größere Rechtssicherheit durch umfassende bürgerliche Gesetzgebung (die 50 Gesetze des K. Servius über Contracte und Delicte) beabsichtigt zu haben[7]).

§ 20. Doch wie dem auch sei: nach Vertreibung der Könige ward es anders. Wie überhaupt diese Staatsumwälzung von den alten Geschlechtern ausging, so schlug sie durch Einführung des nur ihnen zugänglichen Consulats zunächst auch zu ihren Gunsten und namentlich rücksichtlich der Civilrechtspflege zum Nachtheil der Plebejer aus. Denn da das überlieferte Recht zwar auf der Volkssitte beruhte und mit dem Volksglauben in inniger Verbindung stand, aber in seinem Detail keineswegs ein Jedem geläufiges Volksrecht war, da vielmehr Rechtskunde wie Theologie sich im Alleinbesitz des patricischen Collegium Pontificum befand, so wurde die bei diesem zu suchende Rechtsbelehrung von den Plebejern als eine um so drückendere Abhängigkeit empfunden, als auch die Gerichtsobrigkeit und die Mehrzahl ihrer harten Schuldherren diesem Stande angehörten. Es war daher nicht bloß die Klage über politische und bürgerliche Rechtsungleichheit, sondern auch über willkührliche Bedrückung in der Rechtspflege, welche alsbald laut ward, und, als auch der Schutz der Volkstribunen dagegen nicht auszureichen schien, das immer heftigere Verlangen nach einer schützenden und die Rechte Aller ausgleichenden Gesetzgebung hervorrief.

Hieraus erklärt es sich, daß in verhältnißmäßig so früher Zeit, im J. 303 d. St., also etwa sechzig Jahre nach Vertreibung der Könige, die Abfassung eines das gesammte Staats-, Privat- und Sacralrecht umfassenden Staatsgrundgesetzes, des Gesetzes der Zwölf Tafeln[1]), unternommen ward, das

6) Die später nach den Commentarien des K. Servius erfolgt sein soll.

7) *Dionys.* IV. 13. *τοὺς νόμους τούς τε συναλλακτικοὺς καὶ τοὺς περὶ τῶν ἀδικημάτων ἐπεκύρωσε ταῖς φράτραις· ἦσαν δὲ πεντήκοντα τὸ ἀριθμόν.*

1) *Liv.* III. 34. — fons omnis publici privatique iuris. — corpus omnis Romani iuris. *Auson. Idyll.* XI. 61. 62. Ius triplex tabulae quod ter sanxere quaternae, sacrum, privatum, populi commune quod usquam est. Im Allgemeinen vgl. Puchta a. a. O. §§ 54. 55, Walter a. a. O. §§ 49. 425,

mit Recht den berühmten Gesetzgebungen griechischer Freistaaten an die Seite gesetzt wird [2]).

Uns interessirt es nur als feste Norm der Civilrechtspflege, also insofern es das bürgerliche und Prozeßrecht betraf, und gerade davon ist uns, wörtlich oder dem Inhalte nach, genug erhalten, um uns eine bestimmte Vorstellung bilden zu können. In diesem Theil war es seinem Zwecke gemäß eine vollständige Verzeichnung (Codification) des vor Gericht geltenden Rechts, nur mit denjenigen legislativen Aenderungen, welche eigne und fremde Erfahrung an die Hand gab [3]). Aber von entwickelnder Jurisprudenz, in die unsere neueren Gesetzbücher übergreifen, blieb man eben so fern als von den weitschweifigen Detailbestimmungen der späteren römischen Volksschlüsse. Mit sicherem Takt wurde der Kernpunkt jedes Rechtsverhältnisses in einem kurzen Gebote dessen, was fortan Recht sein sollte, ausgesprochen [4]), und in einer Reihe solcher concret formulirter, mit den Gesetztafeln öffentlich ausgestellter [5]) Sätze, die verständlich und dem Gedächtniß leicht einzuprägen waren [6]), dem Volke ein Rechts-

Rudorff a. a. O. § 94.

2) *Cic. de Or.* I. 44. Sie haben auch das mit einander gemein, daß sie als Stadtrechte große Aufgaben der Legislation für den kleinen Kreis einer Stadtgemeinde lösen.

3) Für die Weltstellung und Culturstufe Roms bleibt es ein wichtiges Factum, daß man berühmte griechische Gesetzgebungen verglich. Die übrigens gewiß nicht zahlreichen Punkte, wo man sie benutzte, werden sich wohl nie sicher nachweisen lassen, da die Späteren geneigt sind, jede Uebereinstimmung auf Entlehnung zurückzuführen. S. z. B. L. 13. D. fin. reg. (10, 1).

4) *Cic. de re publ.* IV. 8. Admiror nec rerum solum, sed verborum etiam elegantiam. *Gell.* XX. 1, 4. Eas leges Sex. Caecilius — eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas (dicebat).

5) Es war etwas Besonderes und dem Zweck entsprechend, daß diese Gesetzestafeln am Forum, in der Nähe der Rostra, angeheftet wurden. *Dionys.* X. 57. *L. 2. § 4. D. de or. iur.* (1, 2). Ob sie nach dem gallischen Brande und in späterer Zeit diese Stelle behaupteten, ist zweifelhaft. Vgl. im Allgem. Becker-Marquardt a. a. O. II. 2. S. 351, 3. S. 112.

6) Wie leicht dieß den Knaben in Cicero's Jugendzeit werden mußte (*Cic. de leg.* II. 23. discebamus enim pueri XII ut carmen necessarium), können wir noch begreifen; denn wer vergißt, wenn er es einmal gelernt: Si intestatus moritur, Si pater filium ter venumduit, Aeris confessi rebusque iure iudicatis u. A. — Nächst Lesen und Schreiben lehrten die Väter ihre Kinder Recht und Gesetze kennen. *Plaut. Mostell.* I. 2, 43 (126).

katechismus geboten, der es in den Stand setzte, im Rechtsverkehr sich frei und sicher zu bewegen[7]) und gegen Willkühr der Gerichtsobrigkeit sich zu schützen[8]).

Diese Beziehung auf die Rechtsverfolgung vor Gericht drückte gleich der erste dieser Sätze: Si in ius vocat *rel.* der gleichsam das Portal des Ganzen bildete[9]), aus und die einzelnen darauf bezüglichen Bestimmungen sind so zahlreich und bedeutend, daß wir auf vielen Punkten unserer Darstellung darauf zurückzugehn veranlaßt sein werden. Die allgemeine Anschauung des Zwölftafelgesetzes vom Rechtsstreit aber ist, wie die anderer Rechtsverhältnisse, die Grundlage des römischen Rechts bis in die späteste Zeit geblieben.

§ 21. Indeß, daß der angedeutete Zweck durch dieses umfassende Gesetz weder vollkommen noch für immer abschließend erreicht werden konnte, lag in der Natur der Sache.

Bei aller Vollständigkeit und Popularität bedurfte es, je mehr es sich in den Grenzen seiner Aufgabe hielt, der Ergänzung durch Jurisprudenz, die sofort im Anschluß an das Gesetz in doppelter Richtung thätig ward. Einmal durch interpretatio, d. h. Entwickelung und Verknüpfung seines Inhaltes mit dem überlieferten und fortschreitenden Rechtsbewußtsein der Nation, wovon an einer andern Stelle näher zu reden sein wird[1]). Sodann durch die legis actiones, die recht eigentlich das Verhältniß der Gerichtsobrigkeit zu dem Gesetz betreffen.

Von Alters her gab es eine Reihe formeller Handlungen, aus feierlicher Rede und entsprechenden, zum Theil symbolischen

7) Z. B. im Gebrauch der Autonomie, die das Gesetz gewährleistete, bei Verträgen durch Si nexum faciet mancipiumque, bei Testamenten: Uti legassit — ita ius esto.

8) So konnte z. B. Virginius sich auf die Bestimmung berufen, daß die vindiciae secundum libertatem zu sprechen seien.

9) Daher mit dieser Initiale das ganze Gesetz bezeichnet zu werden pflegte. *Cic. de leg.* II. 4. A parvis — Quinte, didicimus Si in ius vocat atque eiusmodi alias leges nominare.

1) *Pompon. L. 2. § 5. D. de or. iuris* (1, 2). S. unten § 51 Note 13.

Acten bestehend, durch welche die Partheien den Rechtsstreit vor der Gerichtsobrigkeit verhandelten, und deren Feststellung und Ueberlieferung gleichfalls Aufgabe der rechtskundigen Pontifices gewesen war. Das Zwölftafelgesetz hatte die vor Gericht zu verfolgenden Rechte theils verzeichnet, theils neue Klagrechte aufgestellt. Es galt nun die Anwendung des Gesetzes durch Aufstellung entsprechender Formulare zu vermitteln[2]), und da das Collegium Pontificum, das sich aus den alten Geschlechtern durch Cooptation ergänzte, noch über ein Jahrhundert den Alleinbesitz der Rechtskunde und die Ertheilung von Rechtsbelehrung durch Einen aus ihrer Mitte als ein Zunftrecht ihres Standes behauptete, so war auch dieß ihr Geschäft[3]). Legis Actiones nannte man diese Formulare, weil sie sich in doppelter Beziehung an das Gesetz anlehnten: einmal durch Begründung des in demselben anerkannten Klagrechts; sodann weil ihre Form den Worten des Gesetzes genau nachgebildet und vor Gericht ebenso streng wie diese beobachtet wurde[4]). Für den Formalis-

2) *Pomp. L. 2. § 6. D. de or. iur.* (1, 2). Deinde ex his legibus (*sc. XII tab.*) eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas sollennesque esse voluerunt (*sc. prudentes*): et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones. § 12. — legis actiones, quae formam agendi continent. Daß Pomponius die Legis Actiones als etwas ganz Neues, zu einem willkührlichen Zweck Aufgestelltes schildert, entspricht seiner allgemein unhistorischen Darstellung.

3) *Pomp. § 6. cit.* Omnium tamen harum (*sc. legum*) et interpretandi scientia et actiones apud collegium Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Diese ungefähre Zeitbeschränkung des Einflusses der Pontifices auf die Rechtspflege ist nicht mit Leist, röm. Rechtssysteme S. 8 Note 7 und Rudorff, Rechtsg. I. § 61 auf die Einführung der städtischen Prätur, 387 d. St., und die vermeintliche Aufstellung der Legis Actiones in prätorischen Edicten, sondern nach dem Zusammenhang mit § 7 auf die Veröffentlichung des Jus Flavianum um 450 zu beziehen.

4) *Gai.* IV. § 11. Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant,— vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde cum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nomi-

mus dieser ältesten pontificischen Jurisprudenz ist nicht nur diese Strenge, sondern auch die subtile Willkühr charakteristisch[5]), mit welcher man diese Legis Actiones durch Fiction eines Rechtsstreits in Handlungen der freiwilligen Gerichtbarkeit, also Rechtsgeschäfte, umwandelte, für die es an einer Form gebrach.

Als nun um die Mitte des fünften Jahrhunderts auch das Collegium Pontificum den Plebejern geöffnet (Lex Ogulnia a. 454) und der Beruf des Rechtsgelehrten (iurisconsultus) als Berather der Partheien und des Richters (respondere, cavere, scribere) ein nichtzünftiger, d. h. einer der Wege geworden, auf dem jeder Mann des öffentlichen Vertrauens sich um das Volk verdient machen konnte[6]), wurden auch die Legis Actiones dem Geheimniß der libri pontificii entzogen. Der große aristokratische Neuerer, Appius Claudius Caecus (um 450), war der Erste, der sie in einem profanen Rechtsbuch zusammenstellte, und sein gewesener Scriba, Cn. Flavius, eines Freigelassenen Sohn, erwarb sich die Gunst des Volks durch Veröffentlichung der Sammlung unter seinem Namen (Ius Flavianum)[7]).

naret, responsum est, eum rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex duodecim tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. Rudorff a. a. O. § 95 Note 1 macht mit Recht darauf aufmerksam, daß die interpretatio legis kein Bedenken trug, vites unter arbores zu begreifen, während die legis actio in ihrer Form sich an den Buchstaben hielt. *Fragm. Vat.* § 318. (*Ulpian.*) — Certis verbis — ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat —, ut in legis actionibus.

5) Jhering, Geist des röm. Rechts II. §§ 44 folg.

6) Vgl. Rudorff a. a. O. §§ 62 folg., Walter Rechtsg. §§ 426 folg. Der erste plebejische Pontifex, Sempronius, vom Volk der Weise (σοφός) benannt, zählt zu den namhaften Juristen des fünften Jahrhunderts. Der erste plebejische Pontifex maximus, Coruncanius (um 500), soll zuerst das Recht öffentlich gelehrt haben. Pomp. L. 2. § 37. D. de or. iur. (1, 2).

7) *Pomp. L. 2. § 7. D. de or. iur.* (1, 2) Postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius, libertini filius, subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut Tribunus plebis fieret et Senator et Aedilis curulis. hic liber qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius quidquam adiecit. Cf. § 36. Walter a. a. O. macht es wahrscheinlicher, daß der

Die Strenge in Beobachtung ihrer Form blieb aber dieselbe [8]), während die Verhältnisse des Staats, also auch der Rechtsverkehr und die Rechtsanschauung des Volks sich wesentlich erweiterte. Bis zu Anfang des sechsten Jahrhunderts d. St. werden uns nur wenige Fälle genannt, wo der Prätor oder die Juristen sich ermächtigt gehalten, dem veränderten Bedürfniß durch Abweichung vom Buchstaben der Zwölf Tafeln zu genügen [9]). Es bedurfte daher neuer Gesetze, durch welche, ohne den allgemeinen Charakter des gerichtlichen Verfahrens zu ändern, die Härte des Zwölftafelgesetzes gemildert [10]), der Formalismus der alten Legis Actiones vereinfacht [11]), oder selbst neue Klagrechte eingeführt wurden [12]). Da die Initiative der Gesetzgebung nach altrömischem Grundsatz ausschließlich den Obrigkeiten, jedoch mit Einschluß der Volkstribunen und unter Mitwirkung des Senates, zukam, so waren sie es, durch welche jeder neue Rechtsgedanke als Gesetzesvorschlag ans Volk gebracht wurde (legem ferre) [13]), nicht um ihn durch dieses verbessern zu lassen, — denn die Römer waren weit entfernt, an die legislative Weisheit zahlreicher Versammlungen zu glauben, — sondern um ihn der Probe des gesunden Menschenverstandes einer tüchtigen Bürgerschaft zur unbedingten Annahme (lex, plebiscitum) oder

vornehme Mann die Publication durch seinen Schützling geschehen ließ, als daß dieser ihm das Buch entwandte. Vgl. Rudorff a.a.O. § 64 S. 157. § 95 S. 262. — Ueber die Veröffentlichung des Gerichtskalenders s. unten § 28 Note 16.

8) *Gai.* IV. § 30. sagt auch von der letzten Zeit vor der lex Aebutia: ex nimia subtilitate veterum eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet.

9) Dahin gehört das ex iure manum consertum vocare an Stelle der Bestimmung der Zwölf Tafeln: Si qui in iure manum conserunt. S. unten § 39. Vgl. auch Gai. IV. § 24.

10) So durch die Gesetze in Schuldsachen. S. § 45.

11) Dahin gehört die Einführung der legis actio per condictionem durch die lex Silia und lex Calpurnia zu Anfang des sechsten Jahrhunderts. S. § 44.

12) Z. B. durch die lex Aquilia de damno iniuriae an Stelle der verschiedenen dafür in den Zwölf Tafeln aufgestellten Klagrechte. S. § 48.

13) Was der Volkstribun Aquilius durch das angeführte Plebiscit, konnte zwei Jahrhunderte später der Jurist Aquilius Gallus als Praetor durch Aufstellung einer neuen actio, der actio doli, im Edict erreichen.

Ablehnung zu unterwerfen. Aufgabe der Jurisprudenz war es dann, im Anschluß an diese Gesetze neue Legis Actiones aufzustellen. Eine Sammlung derselben zum practischen Gebrauch des Volks verfaßte der durch das erste theoretische Werk berühmte Jurist Sextus Aelius Paetus, mit dem Zunamen Catus (der Schlaue) nach 550 d. St., bekannt unter dem Namen Jus Aelianum[14]).

Durch die Gesetze (leges), die jeder Magistrat bei seinem Amtsantritt beschwor[15]), und die an der Gerichtsstätte, dem Comitium, zu Jedermanns Kenntniß ausgehängt waren[16]), und eine deren Anwendung vermittelnde Jurisprudenz (legis actiones), die dem Gesetze gleich galt[17]), war also die Jurisdiction der Gerichtsobrigkeiten gebunden und nicht nur ihre Willkühr, sondern auch der regelmäßige Einfluß auf die Rechtsentwickelung, wie ihn später die prätorischen Edicte übten, ausgeschlossen. Weder neue Klagrechte[18]), noch neue Formen für die alten Rechte konnten von ihnen eingeführt werden. Nur wo das Gesetz ihnen gestattete, ihr Imperium zum Schutz der Einzelnen nach freiem Ermessen zu gebrauchen, waren sie veranlaßt, die ersten Keime für die spätere Rechtsentwickelung zu legen.

14) *Pomp. L. 2. § 7. D. de or. iur.* (1, 2). Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur Ius Aelianum. Das Verhältniß dieses populären Formelbuchs zu seinem mehr doctrinären Werk, das unter dem Namen Tripertita das Zwölftafelgesetz, die Interpretatio und die zu demselben gehörigen legis actiones enthielt, hat überzeugend nachgewiesen Huschke, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 177 folg.

15) Ueber dieß in leges iurare s. Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 352.

16) Mommsen Annali dell' inst. arch. 1858. p. 194.

17) S. oben Note 4: immutabiles proinde atque leges observabantur. Vgl. *Gai.* I. § 7. *(auctoritas prudentium)* legis vicem obtinet.

18) *Gai.* IV. § 11. — quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur. Uebertreibend faßt Ihering Geist des röm. Rechts II. S. 666 diese Eigenthümlichkeit des ältern Civilrechts in den Satz zusammen: nulla actio sine lege. Vgl. *Gai.* IV. § 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege.

Den wichtigsten Fall dieser Art[19]) bildeten die Prozesse der Fremden (hostes, peregrini), denen durch Bündnißvertrag gleiches Recht mit den Römern[20]), also auch Rechtshülfe gegen diese in Rom zugesichert war. Denn da diese den römischen Gesetzen nicht unterworfen[21]), ja zu civilrechtlichen Handlungen, also auch zu der Legis Actio nicht befähigt waren[22]), so konnte der Prätor nur vermöge seines Imperiums[23]) in Ausführung des Bundesvertrags ein Gastgericht anordnen[24]) und die Geschwornen anweisen, nach Einsicht der Thatsachen auszusprechen, was ihnen recht und billig dünke[25]). Es war dieß der Keim des erst in der folgenden Periode zu einem vollständigen System ausgebildeten Jus Gentium. Nur selten hatte der Bundes- oder Handelsvertrag Rechtsnormen für die Verkehrsverhältnisse

19) Ein anderer ist das Recht der Interdicte. S. § 54.

20) *Festus* v. *Status dies.* — *(peregrini)* ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare, d. i. durch das Bundesopfer, hostia, in die römische Rechtsgemeinschaft aufnehmen. Vgl. Huschke, Analecta p. 211.

21) *Varro de LL.* V. § 3. Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam tum eo verbo significabant peregrinum, qui suis legibus uteretur *rel.*, nehmlich in seiner Heimath; denn gegen den römischen Bürger und vor dem römischen Magistrat konnte er sich natürlich darauf nicht berufen.

22) Das Gegentheil behaupten Mommsen, Stadtrechte S. 435, Keller, Civilpr. § 12 Note 192. Allein *Gai.* IV. § 31. beweist dieß nicht. Vgl. unten § 64 Note 18. Wie hätte auch ein Peregrine Erbrecht vor den Centumvirn verfolgen können? Und wenn nach der Lex rep. c. 23. die Lex Calpurnia a. 605 und die etwas spätere Lex Junia für die Repetundenklage ein Sacramentum vorschrieben, so war durch ein Specialgesetz zwar dieß Succumbenzgeld auch dem Fremden auferlegt, ihm deshalb aber nicht erlaubt, die geraubte Sache mit der Legis Actio: hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio! zu vindiciren. Ausdrücklich erklärt den Peregrinen für unfähig zu dieser Legis Actio als in iure cessio *Gai.* II. § 65.

23) Es war ein iudicium quod imperio continetur, nicht legitimum. *Gai.* IV. §§ 103. sqq. Daß aber die legis actio imperio magistratus auf die Peregrinen übertragen worden sei, wie Rudorff, Rechtsg. II. § 20 Note 9 annimmt, scheint mir ein innerer Widerspruch.

24) Ausgezeichnet durch kurze Frist, durch Recuperatoren als Geschworne (s. § 25) u. s. w.

25) Hierin trete ich *Huschke, Analecta p.* 216 und in Richters krit. Jahrb. I. 2. S. 896 und Puchta, Instit. § 83 (I. S. 361) bei, ohne jedoch für diese Zeit eine eigentliche schriftliche Formula anzunehmen.

beider Völker aufgestellt[26]), ausnahmsweise den Fremden selbst Commercium[27]), d. h. die Fähigkeit zu römischem Eigenthum und zur Verfolgung desselben in römischen Formen gegeben[28]).

B. Die Geschwornen.

§ 22. Stand also der Rechtspunkt, von dem die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt, durch die an das Gesetz gebundene Gerichtsobrigkeit fest: wodurch war die unbefangene Beurtheilung der Thatfrage in dieser ältesten Gerichtsverfassung sicher gestellt? Daß dieß in der Zeit ihrer vollständigen Entwickelung durch die Theilung des Richtergeschäfts zwischen dem Magistrat, der die Sache nur rechtlich instruirte (ius) und Geschwornen als Privaturtheilern über die Thatfrage (iudicium) bewirkt wurde, ist bekannt; sehr dunkel aber die älteste Geschichte dieser merkwürdigen Einrichtung.

In frühester Zeit sprachen die Könige sowohl in Civil- wie in Criminalsachen ohne Unterschied von Recht und Factum regelmäßig selbst das Urtheil[1]). Doch wird ihnen ein zwiefaches Recht der Uebertragung des Richteramtes zugeschrieben. Zogen sie an der Spitze des Volksheers in den Krieg, so übertrugen

26) So der Vertrag mit Carthago von 245, *Polyb.* III. 21, der die Form der Rechtsgeschäfte bestimmte, und das latinische Bündniß von 261: pecuniam quis nancitor, habeto und si quid pignoris nancitor, sibi habeto. *Festus* v. *Nancitor*.

27) *Ulp.* XIX. 4. 5. Insbesondere hatten es später die Bürger latinischer Colonien; ob auch die prisci Latini, ist hier nicht der Ort zu entscheiden.

28) Darauf deutet die manumissio vindicta, also in der Form einer fingirten vindicatio in libertatem, vor den Duumvirn latinischer Municipien. *Lex mun. Salp.* c. 28.

1) *Cic. de re publ.* V. 2. Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. Dieß ist sowenig ein Widerspruch mit *Dionys.* II. 14, als dieser in IV. 25. sich selbst widerspricht. S. Note 3. § 23 Note 1.

sie die gesammte Verwaltung des Imperiums, das die Jurisdictio in sich schloß, einem Praefectus urbi[2]). Häuften sich die Geschäfte, so pflegten sie einzelne bei ihnen angebrachte Rechtshändel, insbesondere geringere, zur Untersuchung und Entscheidung Senatoren zu überweisen, so jedoch, daß der König selbst für die gerechte Entscheidung, natürlich durch Instruction und Aufsicht, Fürsorge traf[3]). Die iurisdictio mandata und iudicis datio der spätern Zeit, letztere jedoch als Sache der Willkühr, sind ihrem wesentlichen Gegensatz nach darin deutlich angezeigt.

Daß die Consuln mit dem gesammten königlichen Imperium auch diese zwiefache Befugniß überkamen, ist theils ausdrücklich bezeugt[4]), theils liegt es in der geschichtlichen Entwickelung. Daß es insbesondere von ihrem freien Ermessen abhing, ob sie selbst urtheilen oder einen Judex bestellen wollten, bezeugt nicht nur ihr Amtsname Iudices[5]), sondern auch die laute Klage über Druck in der Rechtspflege, der bei der Instruction allein in dem Umfang nicht geübt werden konnte. Die Patricier freilich hatten diesen nicht zu fürchten, da jeden Falls ein Standesgenosse oder was dem gleich galt, der Prätor oder ein von ihm erwählter Senator, Richter war.

2) *Tac. Ann.* VI. 11. Namque antea profectis domo regibus, ac mox magistratibus, ne urbs sine imperio foret, in tempus deligebatur, qui ius redderet.

3) *Dionys.* II. 14. (von Romulus) — *τῶν τε ἀδικημάτων τὰ μέγιστα αὐτὸν δικάζειν, τὰ δὲ ἐλάττονα τοῖς βουλευταῖς ἐπιτρέπειν, προνοούμενον ἵνα μηδὲν γένηται περὶ τὰς δίκας πλημμελὲς. c. 29. τῶν δ' εἰς ἀλλήλους ἀδικημάτων οὐ χρονίους ἀλλὰ ταχείας ἐποιεῖτο τὰς κρίσεις, τὰ μὲν αὐτὸς διελὼν, τὰ δ' ἄλλοις ἐπιτρέπων.*

4) Für die Bestellung eines Praefectus oder Custos urbis s. *Tac. l. c.* dein Consules mandabant, und *Pomp. L. 2. § 30. D. de or. iur.* (1, 2). Ueber das mandare iurisdictionem überhaupt s. unten § 71. — Bestellte iudices kommen in der ersten und spätern Zeit der Republik oft vor.

5) Der wechselnde Sprachgebrauch des Wortes iudex bezeichnet den Wechsel der Gerichtsverfassung in den verschiedenen Perioden: in der ältesten wie in der spätesten Zeit ist er dem Magistrat mit dem Privatrichter gemein, weil auch er urtheilte; in der mittlern, wo die Theilung des Richtergeschäfts zwischen Obrigkeit und Geschwornen den Kernpunkt des ordo iudiciorum privatorum bildete, wird magistratus und iudex regelmäßig unterschieden.

§ 23. Der Fortschritt zur Freiheit mußte also auch hier von der Gemeine ausgehen und als erster Begründer derselben wird in dieser wie in jeder andern Hinsicht K. Servius Tullius genannt.

Von ihm wird berichtet, er habe durch seine popularen Einrichtungen nicht bloß den Senat und die Geschlechter, sondern auch die eigne Gewalt beschränkt. Denn während die früheren Könige in Criminal- und Civilsachen nach Gutdünken selbst geurtheilt, habe er zuerst den Unterschied gemacht, die erstern sich vorbehalten, für Privatsachen dagegen Privatrichter eingesetzt und ihre Thätigkeit durch von ihm selbst verfaßte Vorschriften gesetzlich begrenzt und geregelt [1]). — Die neue Einrichtung wird also ausdrücklich, im Gegensatz der früheren willkührlichen Delegation einzelner Rechtssachen an Senatoren, als eine Beschränkung der obrigkeitlichen Richtergewalt bezeichnet. Daß sie im Interesse der Gemeine getroffen wurde, daß also diese Privatrichter nicht aus den Senatoren gewählt werden sollten, lehrt der Zusammenhang der Stelle und stimmt mit der allgemeinen Tendenz der Servianischen Verfassungsreformen überein. Auch scheint nicht die Bestellung Eines Geschwornen in jedem einzelnen Fall, sondern die Einsetzung einer Mehrzahl von Richtern, eines Geschwornen-Collegiums, ein für allemal, angedeutet zu werden. Endlich sind in den für sie vom König aufgestellten Normen (*κανόνες*) die Anfänge der Legis Actiones, die der Untersuchung Maaß und Richtung geben, nicht zu verkennen.

Nun finden sich merkwürdiger Weise in historischer Zeit zwei plebejische Richtercollegien, die Centumvirn und Decemvirn, letztere bald mit den erstern verbunden [2]), bald

1) *Dionys.* IV. 25. — *τῶν γὰρ πρὸ αὐτοῦ βασιλέων ἁπάσας ἀξιούντων ἐφ' ἑαυτοὺς ἄγειν τὰς δίκας, καὶ πάντα τὰ ἐγκλήματα τὰ δε ἴδια καὶ τὰ κοινὰ πρὸς τὸν ἑαυτῶν τρόπον δικαζόντων, ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δὲ ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστὰς, ὅρους αὐτοῖς καὶ κανόνες τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.*

2) Daß nicht erst August sie in diese Verbindung gebracht, sondern ihnen nur ein neues Geschäft (centumviralem hastam cogere) über-

davon getrennt als selbständige Urtheiler in Civilsachen (Decemviri stlitibus iudicandis)[3]), deren Ursprung bestritten ist, für deren Identität mit den von K. Servius Tullius eingesetzten Privatrichtern aber Alles spricht.

1) Das ehrwürdige Symbol der Lanze (hasta), die in ihren gemeinschaftlichen Gerichtssitzungen aufgepflanzt wurde, charakterisirt sie als eine der ältesten Zeit angehörige Einrichtung[4]).

2) Damit stimmt überein, daß die Instruction der in dem einen und andern dieser Collegien zu verhandelnden Sachen vor dem Prätor in der ordentlichen Prozeßform ältester Zeit, mit Prozeßwette und Succumbenzgeld (sacramento), geschah[5]).

3) Die Centumvirn wurden bekanntlich je drei aus einer Tribus gewählt. Nach aller Analogie der römischen Rechtssprache muß der von ihrer Gesammtzahl hergenommene Name wenigstens bei ihrer ersten Einrichtung mit derselben übereingestimmt haben, während man ihn sehr natürlich im gemeinen Leben beibehielt, auch als diese Zahl mit der der Tribus sank und stieg[6]). Dieß trifft aber nur dann zu, wenn wir anneh-

tragen (*Sueton. Octav.* 36.), bezeugt jeden Falls *Pomponius* (*L. 2. § 29. D. de or. iuris* 1, 2), der ihnen schon im sechsten Jahrhundert die Vorsteherschaft (hastae praeesse) zuschreibt. Doch kommen sie noch früher, zu Anfang des vierten Jahrhunderts, neben den Centumvirn vor. S. Note 13.

3) Schon dieser ihr regelmäßiger Name bezeichnet sie als Urtheiler in Civilsachen. Als solche kommen sie vor bei *Cic. pro Caec.* 33., *Or.* 46., *Decl. pro domo* 29.

4) S. Note 2 und Gai. IV. § 16.

5) Für die Decemvirn *Cic. pro Caecina* 33., *pro domo* 29., für die Centumvirn *Gai.* IV. § 31.

6) *Festus epit.* v. *Centumviralia iudicia* a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, — terni ex singulis tribubus sunt electi, ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt: et, licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. *Varro de re rust.* II. 1. numerus non est — ad amussim —, cum dicimus — centumvirale esse iudicium Romae. Die Erklärung der Entstehung des Namens bei Festus, dessen Sinn Paulus wohl richtig wiedergegeben, ist auch deshalb zu verwerfen, weil das Centumviralgericht keines Falls nach 513 d. St., also zu einer Zeit eingerichtet worden sein kann, wo der Sacramentsprozeß schon im Verschwinden war. Bemerkenswerth ist auch, daß Beide, Festus und Varro, technisch nur von centumvirale iudicium, nicht von centumviri sprechen. Vgl.

men, daß sie ursprünglich aus den 30 Tribus des Servius Tullius [7]) hervorgingen und unter Hinzurechnung ihres Vorstandes, der Decemviri als ihrer decemprimi [8]), wirklich ein Iudicium centumvirale bildeten.

4) Endlich bilden sie durch ihre Competenz den Abschluß der die Volksfreiheit sichernden Reformen dieses Königs. Die Lanze wurde in den Centumviralgerichten als Symbol des quiritarischen Eigenthums aufgepflanzt. Ihr gleichgeltendes Ebenbild war der Stab (festuca), mit welchem bei der alten Vindicatio der Kläger sein Eigenthum, der Adsertor die Freiheit seines Schützlings in Anspruch nahm [9]). Eben diese Vindicationen aber sind es, die noch zu Cicero's Zeit die Competenz jener beiden Richtercollegien bildeten; über Eigenthumssachen und was ihnen gleich gilt, wurde von den Centumvirn [10]), über Frei-

unten Note 13 die Lex Valeria Horatia.

7) Ich halte also an Niebuhr's auf Fabius und Varro gegründeter Ansicht trotz ihrer neueren Anfechtung fest, die mit der Benennung der ländlichen Tribus nach patricischen Geschlechtern (Niebuhr I. S. 363) wohl vereinbar ist, vorausgesetzt, daß Serv. Tullius die älteren durch Herrensitze bestimmten Gaue seiner Eintheilung der bäuerlichen Bevölkerung zum Grund legte.

8) Die Zahl 10 ist bei den Römern sehr gewöhnlich, insbesondere bei den Vorständen von Collegien, z. B. der Municipalsenate und der decuriae lictorum. Keines Falls ist bei diesem plebejischen Amt an die Analogie der 10 Confarreationszeugen, eher an die classici testes aus den 5 Classen des K. Servius und deren Verdoppelung zu denken.

9) *Gai.* IV. § 16. Festuca autem utebantur quasi hastae loco signo quodam iusti dominii: unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur. Vgl. unten § 40.

10) Vgl. „Ueber die Competenz des Centumviralgerichts" in Ztschr. für gesch. Rechtsw. V. 11. Keller, Civilpr. § 6 S. 28 folg. Näheres über den Umfang der Vindicationen und somit der Centumviralsachen unten § 41 Note 21. Zumpt (Note 12) und Andere wenden treffend ein, es sei undenkbar, daß die Centumvirn mit Vindicationen geringer beweglicher Sachen belästigt worden. Rudorff, Rechtsg. II. S. 30 beschränkt deshalb ihre Competenz auf das Erbgut (heredium), welches die Grundlage der Gemeinde der Ansässigen (assidui) und des Census bildete, es mochte nun das Eigenthum desselben oder eine Servitut der Gegenstand des Streites sein. Sollten aber nicht auch die werthvolleren Stücke des Gutsinventars (res mancipi) als Zubehör dazu gerechnet, nur etwa die res nec mancipi, bei deren Veräußerung auch das Zeugniß der fünf Volkszeugen nicht gefordert wurde, von der Competenz dieses Volksgerichts ausgeschlossen worden sein?

heit und Bürgerrecht von den Decemvirn [11]) geurtheilt. Also diese beiden Grundpfeiler der Volksfreiheit (liberty and property), von denen nach Servianischer Verfassung vermöge des Census die öffentliche Stellung jedes Bürgers abhing, sollten durch Volksgerichte gesichert sein.

Die Annahme, daß diese wichtige Bürgschaft der Volksfreiheit schon aus der Könige Zeit in die Republik herübergenommen wurde, findet auch ihre geschichtliche Bestätigung darin, daß, wie häufig auch vor den Zwölf Tafeln die Klagen über Bedrückung der Plebejer in Schuldsachen sind, kein Fall berichtet wird, wo ein solcher durch magistratische Willkühr vom väterlichen Erbe vertrieben oder, mit Ausnahme des unerhörten Frevels an der Virginia, der bei der Instruction vorkam, durch ungerechten Richterspruch seiner Freiheit beraubt worden wäre. Das neue Stadtrecht fand in dieser Hinsicht nichts mehr zu thun [12]). Nur die persönliche Unabhängigkeit und Unverletzlichkeit der Judices (d. i. der Centumvirn) und der Decemvirn, wie anderer plebejischer Beamten, fand man nachträglich nöthig, durch die Lex Valeria Horatia vom J. 305 unter Sacralschutz zu stellen [13]), also mittelbar auch ihr unabhängiges Urtheil gegen consularische Uebermacht zu sichern.

11) S. Note 3. Nach der Decl. pro domo entscheiden die Decemvirn über Freiheit, nach *Cic. pro Caecina* über Civität.

12) Zumpt's (Ursprung — des Centumviralgerichts. Abh. d. Akad. der Wissensch. Berlin 1838. 4.) Annahme, daß die Zwölf Tafeln die Centumvirn eingeführt, ruht auf nichts anderem als der doppelt willkührlichen Voraussetzung, sie seien je 5 aus einer Tribus, also 105 aus 21 Tribus gewählt, und nach ungefährer Zählung centumviri genannt worden.

13) *Liv.* III. 55. Consules — L. Valerius M. Horatius — cum religione inviolatos (*tribunos plebis*) tum lege etiam fecerunt sanciendo, „ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret". Die decemviri erkennt man jetzt allgemein für die decemviri stlitibus iudicandis, verbindet aber damit adjectivisch das vorausgehende iudices (vgl. *ed. M. Hertz.* 1857), ob sprachrichtig, mögen Kundigere entscheiden. Die römischen Ausleger des Gesetzes, die nach Livius unter iudices, freilich unrichtig, die Consuln verstanden, lasen anders. Vgl. Becker, röm. Alterth. II. 2. S. 367 Note 925. Niebuhr, röm. Gesch. I. S. 472 erkannte in ihnen zuerst die Centumvirn, die in der That officiell nur Judices genannt werden konnten.

Wie man aber auch über diesen Versuch, den Ursprung beider Richtercollegien auf Servius Tullius zurückzuführen[14]), urtheilen mag (Gewißheit ist in jenem mythischen Dunkel nicht möglich): die Bedeutung derselben in der Periode, deren Mittelpunkt das Zwölftafelgesetz bildet, glaube ich als feststehend betrachten zu dürfen. — Ueber ihre Verfassung wissen wir aus dieser Zeit nichts Sicheres. Wahrscheinlich wurden die Centumvirn, wie später die Criminalgeschwornen, vom Prätor auf bestimmte Zeit je drei aus den Tribus gewählt[15]). Aber nur die Gesammtheit derselben war befugt Urtheile zu fällen; denn nur diese repräsentirte gesetzlich das Volk[16]). — Auch die Decemvirn wurden ursprünglich wohl vom Prätor ernannt und erst später von den Tributcomitien für Ein Jahr gewählt[17]) und dieser Umstand wie ihre Vorstandschaft im Centumviralgericht und der Gebrauch, die öffentliche Laufbahn damit zu beginnen[18]), war in der folgenden Periode der Anlaß, sie den niederen Magistraturen beizuzählen[19]), während sie als selbständige Richter unzweifelhaft Geschworne waren. — Als ständige Richter konnten freilich beide einen Eidschwur nur, gleich den Magistraten, beim Amtsantritt auf die Gesetze, nicht wie der Einzelngeschworne auf die Sache, für die er bestellt ist, leisten.

§ 24. Daß K. Servius auch Schuldsachen, die freilich

14) Zuerst hat ihn für die Centumvirn Niebuhr a. a. O., für die Decemvirn Puchta, Instit. I. § 49 gemacht; für beide Göttling, Staatsverf. S. 241. Andere Meinungen s. bei Keller, Civilpr. §§ 5. 6. Rudorff, Rechtsg. II. § 7 Note 31. In dem oben Note 10 angeführten Aufsatz, der nur die Competenz behandelt, beschränkte ich mich rücksichtlich der chronologischen Bestimmung auf das Gewisse.

15) *Festus epit. l. c.* Electi oder lecti ist dafür technisch. Vielleicht mit Bezug auf den Census für 5 Jahre, die Verjährungszeit der Querela inofficiosi. Anders erklärt diese Rudorff a. a. O. Note 12.

16) Die Theilung in Consilia ist spätern Ursprungs. S. unten § 64.

17) Nach Analogie anderer Magistratus minores. Becker und Marquardt, röm. Alterth. II. 3. S. 166 folg. *Dio.* 54, 26.

18) Das älteste Beispiel Anfang VII. Saec. bei *Orelli* 554. *Mommsen Inscr. lat.* I. p. 21.

19) *Pomp. L. 2. § 29. D. de or. iur.* (1, 2). Magistratus qui hastae praeesset *Cic. de leg.* III. Minores magistratus lites contractas iudicanto. *Dio. l. c.*

der allgemeine Ausdruck des Dionys [1]) mit umfassen könnte, den Centumvirn oder Decemvirn zugetheilt habe, ist nicht anzunehmen. Kein späteres Zeugniß spricht dafür und der innere Zusammenhang dagegen. Insofern diese Klagen nehmlich aus Verkehrsverhältnissen entspringen (ex contractu vel quasi), konnten sie weniger wichtig und deshalb der Schutz eines Volksgerichts weniger Bedürfniß scheinen. Denn sie betreffen immer nur eine einzelne Leistung des Beklagten, nicht wie jene Vindicationen die Grundlagen seiner bürgerlichen Stellung. Die ältesten Pönalklagen freilich (actio furti und iniuriarum) berührten in ihrem äußersten Erfolg seine persönliche Existenz. Aber eben dieses Aeußerste, die Geißelung und Adjudication als Strafe des auf frischer That ergriffenen Diebes, die Capitalstrafe wegen eines Schmähgedichtes, die Talion wegen grober leiblicher Verletzung, sollte nicht durch Privatrichter, sondern nur durch die Gerichtsobrigkeit, den König selbst, später den Consul und Prätor, kraft seines Imperiums im Namen des Staats erfolgen [2]). Aus gleichem Grunde stand auch das strenge Executivverfahren gegen einen insolventen Schuldner, welches dessen bürgerliche Existenz vernichtet, unter der Leitung der Gerichtsobrigkeit [3]). K. Servius regelte diese Fälle also nur durch seine fünfzig Gesetze über Verträge und Delicte, und auch das Zwölftafelgesetz beschränkte sich hierauf.

Wir dürfen hiernach annehmen, daß in dieser ältesten Zeit in Schuldsachen (in personam actiones) regelmäßig, d. h. in dem Ordinarprozeß (sacramento) und in dem ordentlichen Executivverfahren (per manus iniectionem), die Obrigkeit und nicht Geschworne das Urtheil fällten, woraus eben, wie schon bemerkt wurde, die häufigen Klagen über Druck in diesem Zweig der Rechtspflege sich erklären. Doch konnte der Magistrat unzweifelhaft in kleinen Schuldsachen, also auch z. B. zur Aussprechung des Sühngeldes wegen geringer Injurien, wenn es

1) *Dionys*. IV. 25. — τῶν ἰδιωτικῶν ἀδικημάτων.

2) Vgl. unten § 47.

3) Vgl. unten §§ 45. 53.

ihm bequem war, nach altem königlichen Gebrauch einen Senator zum Judex bestellen.

Eine ganz andere Bewandtniß hatte es dagegen mit den Fällen, wo vermöge eines gesetzlichen Ausnahmeverfahrens, der legis actio per iudicis postulationem[4]), die Untersuchung und Entscheidung stets einem Judex oder Arbiter übertragen werden mußte. Die Beschreibung dieses Verfahrens ist uns zwar nicht erhalten[5]). Allein der Name und die auf uns gekommenen Formeln[6]) einer Seits und die Fälle, in denen nach bekannter Vorschrift der Zwölf Tafeln ein Judex oder Arbiter bestellt werden sollte, anderer Seits, geben über Wesen und Bedeutung derselben sichern Aufschluß[7]).

Der ordentliche Prozeß mit Sacramentum war vermöge seiner strengen Natur nur anwendbar auf solche Schuldklagen, wo aus dem Beweis der bestimmten, schon in der Legis Actio vom Kläger behaupteten Thatsache, z. B. aus den Worten eines formellen Rechtsgeschäfts oder dem begangenen Delict, unter Anwendung des Gesetzes die Verurtheilung des Beklagten zu einer bestimmten Leistung, oder aus dem Nichtbeweis dessen vollständige Absolution folgte[8]). In Fällen, wo es nach deren eigenthümlicher Natur darauf ankam, erst durch die Untersuchung die entscheidenden Thatsachen und aus diesen die Leistung des Schuldners unter Berücksichtigung von Gründen der Billigkeit

4) *Gai.* IV. § 12. Lege agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem *rel.* § 13 Sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus, ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.

5) Das verlorene Blatt der Veroneser Handschrift des Gaius hinter IV. § 17. muß dieselbe enthalten haben.

6) *Val. Prob. ed. Momms.* § 4. In legis actionibus haec: 8. TE PRAETOR IUDICEM ARBITRUMVE POSTULO UTI DES. Vgl. Keller, Civilpr. Note 230. *Festus* v. *procum* in Note 10.

7) „Iudicis postulatio war vielleicht als eine leichtere Form statt des lästigen Sacramentum für einige Sachen vorgeschrieben, so daß diese Verfahrungsarten sich zu einander verhielten, wie später die per sponsionem und per formulam arbitrariam bei den Interdicten" schrieb ich schon um 1820 nieder. Wesentlich ebenso Puchta, Instit. § 154 (I. S. 53) und vollständig entwickelt bei Keller, Civilpr. § 17. Vgl. §§ 7. 13.

8) S. unten §§ 43. 47.

und Zweckmäßigkeit zu ermitteln, mußte ein anderer Weg eingeschlagen werden. Vor Allem konnte dieß, das Eindringen in verwickelte thatsächliche Verhältnisse und ein freieres Arbitrium in sich schließende Geschäft weder der Gerichtsobrigkeit noch einem ständigen Richtercollegium übertragen werden. Geeignet war dazu nur ein Einzelgeschworner, der als erwählter Vertrauensmann der Partheien, gleich dem Schiedsrichter (arbiter ex compromisso), sozusagen einen Vergleich von Amtswegen zu treffen im Stande ist. Eben dieß nun ist der Judex oder, mit dem in späterer Zeit dafür technisch gewordenen Ausdruck, Arbiter [9]), über dessen Person die Partheien sich einigen [10]) und dessen Bestellung sie in der iudicis postulatio vom Prätor erbitten.

Die Gründe, um deren willen schon das älteste Recht diese Behandlung eintreten ließ, sind noch verschieden:

1) Die eigenthümliche Natur der Theilungsklagen, der arbitria familiae erciscundae [11]) und finium regundorum [12]), deren Ziel nicht die Anerkennung eines bestrittenen Rechts, sondern die Aufhebung einer anerkannten oder fingirten [13]) Gemeinschaft ist. Diese bewirkt der Richter durch Ab-

9) Beide Namen gebraucht die Formel in Note 6 als gleichbedeutend. Weniger entscheidend sind die Stellen der Zwölf Tafeln bei *Festus* v. *reus* und *Gell.* XX. 1, 7, weil das Gesetz verschiedene Geschworne im Auge haben konnte. Vgl. Cic. pro Mur. 12. Uebrigens möchte ich den Namen arbiter aus der innern Verwandtschaft mit dem Schiedsrichter und nicht mit Rudorff (Schriften der Feldmesser II. S. 428, Rechtsg. II. § 6 Note 9) von Einem Fall, den „Gangrichtern" in Grenzstreitigkeiten, ableiten Die Etymologie von ar = ad und bitere = ire führt, wie die Geschichte der Sprachen überhaupt, in eine Urzeit zurück, wo Augenschein und Urtheil, Zeuge und Richter im Begriff noch nicht unterschieden wurden, ist aber für den Sprachgebrauch der Zwölf Tafeln bedeutungslos.

10) Auf diese gerichtliche Einigung über den Judex beziehe ich die Formel bei *Festus* v. *procum.* — Est enim procare poscere, ut cum dicitur in iudice collocando: SI ALIUM PROCAS NIVE EUM PROCAS Anders Rudorff, Rechtsg. II. § 9 Note 7.

11) *L. 1. pr. L. 43. D. fam. erc.* (10, 2). *Cic. pro Caec.* 7. Die actio communi dividundo ist spätern Ursprungs.

12) *Cic. de leg.* I. 21.

13) Dieß bei der actio finium regundorum, wenn die Grenze gar nicht zu ermitteln oder unzweckmäßig ist. *L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. D. fin. reg.* (10, 1).

judication und entsprechende Condemnation, wobei er nach freiestem Ermessen die Wünsche der Partheien, die Billigkeit, ja selbst die sachliche Zweckmäßigkeit berücksichtigen soll. Es ist nicht sowohl ein Rechtsstreit (lis), den er als Richter zu entscheiden, als eine Rechtsverwirrung (iurgium), die er als Arbiter zu lösen hat [14]).

2) Gewisse Contracts- und contractsähnliche Verhältnisse, die nicht, wie z. B. Stipulation und Darlehn, auf eine einfache durch Vertrag und Gesetz bestimmte Leistung gerichtet, sondern bei deren Auflösung Leistung und Gegenleistung mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse des einzelnen Falles, also nach Billigkeit, gegen einander abzuwägen sind, machten gleichfalls die Bestellung eines Arbiter nothwendig. Dahin gehörten aus der ältesten Zeit z. B. die Fiducia, bei welcher die Rückgabe der Sache „nach Treu und Glauben" ausdrücklich ausbedungen wurde [15]), Dos und Tutel, Familien- und deshalb Vertrauensverhältnisse, bei deren Auflösung Rechnung und Gegenrechnung unvermeidlich war [16]). Andere Fälle kamen gegen das Ende dieser Periode hinzu [17]).

3) Wegen einer Beschädigung (noxia), die kein Delict, also nicht durch ein Sühngeld (poena), sondern durch Natural- oder Geldersatz nach Billigkeit gut zu machen ist, soll dieß auch durch einen Arbiter vermittelt, also per iudicis arbitrive postulationem verfahren werden. So bei der actio aquae pluviae arcendae [18]), der actio de pauperie und de pastu [19]), der actio de rupitiis sarciendis und andern [20]).

14) *Cic. de re publ.* IV. 8. und *Non. Marc.* V. 34.

15) Die Clauseln UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM und UTI INTER BONOS BENE AGIER ET SINE FRAUDATIONE wurden der mancipatio oder in iure cessio fiduciae causa selbst hinzugefügt und dadurch maaßgebend für das Judicium. Cic. de off. III. 15. top. 17.

16) *Cic. cit., de Or.* I. 36. Die Tutel führt er ausdrücklich auf die Zwölf Tafeln zurück, und die Dos, correspondirend der Mitgift des ganzen Vermögens bei der in manum conventio (*Cic. top.* 4.) gehört zu den ältesten römischen Instituten.

17) Vgl. unten § 46.

18) *Cic. top.* 17. *L.* 23. *§* 2. *D. de aq. pluv.* (39, 2). *L.* 5. *D. ne quid in loco publ.* (43, 8). Die

Alle Fälle der iudicis postulatio betrafen also, was die spätere Rechtssprache incertum nennt. Daß sie auch für Klagen auf ein certum, an Stelle der sacramenti actio, gebraucht worden, ist nicht anzunehmen[21]).

Endlich erhielt das Institut des Einzelgeschwornen (unus iudex), das in der folgenden Periode die Regel bildet, schon in dieser Zeit eine weitere Ausdehnung durch Gesetze, welche die Bestellung eines solchen dem Prätor zur Pflicht machten, wo sie bis dahin nur in seiner Befugniß lag.

Nach einer Lex Pinaria von ungewissem Datum[22]) sollen Schuldklagen, deren Object nicht 1000 As beträgt[23]),

Zwölf Tafeln sprachen von geschehenem Schaden, die Jurisprudenz dehnte es auf bloß gedrohten aus. *L. 21. pr. D. de statu lib.* (40, 7).

19) *L. 1. pr. D. si quadrupes* (9, 1). *L. 14. § 3. D. de praescr. verbis* (19, 5).

20) S. unten § 48.

21) Man hat es gefolgert aus *Gai.* IV. § 20. Quare autem haec actio (*sc. per condictionem*) desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur. Allein wie Keller Civilpr. Note 241 richtig bemerkt, kann Gaius dari oportere ohne Rücksicht auf die Form in rein materiellem Sinn, oder im Hinblick auf seine Zeit sagen, wo der Gebrauch der condictio certi: si paret dare oportere über ihre ursprüngliche Sphäre hinaus ausgedehnt war. Vgl. *L. 9. pr. § 1. D. de reb. cred.* (12, 1).

22) Huschke, Servius Tullius S. 595 Note 25 hat zuerst die Lex Pinaria von 282 d. St. vermuthet. Puchta, Inst. I. § 53, II. § 154, Mommsen, Chronol. S. 252 Note 46, Rudorff, Rechtsg. I. § 43, II. § 21 treten ihm bei, doch bemerkt Letzterer, daß auch 267 und 322 Pinarier in öffentlichen Aemtern vorkommen. Ich neige für den spätesten Termin.

23) Gaius erwähnt die Sache bei der sacramenti actio in personam und fährt in der Note 24 abgedruckten Stelle fort: illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam (mille) aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse, woraus zu schließen, daß er auch im Vorhergehenden, auf dem verlorenen Blatt, nur von Sachen unter 1000 As gesprochen und das Verfahren der Lex Pinaria nur auf diese bezieht. Die Vindicationen auch von geringem Betrag wurden noch zu Cicero's Zeit mit Sacramentum vor die Centumvirn gebracht. *Pseudo-Ascon. Verr.* I. 9. *Orelli p.* 164, der nur aus Gaius schöpft, und dessen Ausdruck in rem aliquam agere sehr unbestimmt ist, beweist dagegen nichts.

zwar mit Sacramentum instruirt, aber Einem Judex zur Entscheidung überwiesen werden[24]).

Sodann ward zu Anfang des sechsten Jahrhunderts, also zu einer Zeit, wo der erweiterte Verkehr und eine freiere Rechtsansicht die alten Legis Actiones bereits lästig erscheinen ließ und der Geschäftsdrang eine regelmäßige Entlastung des Prätors wünschenswerth machte, bei Einführung der neuen Legis Actio per condictionem durch die Lex Silia für alle Schuldklagen auf eine bestimmte Summe Geldes (certa pecunia), sodann für die auf eine bestimmte Sache oder Quantität (certa res) durch die Lex Calpurnia, auch für diese Klagen die Bestellung Eines Judex vorgeschrieben[25]).

Eine verlorene Spur läßt glauben, daß zu Ende dieser Periode selbst Vindicationen auf den Antrag des Klägers mittelst einer gerichtlichen, d. h. vom Prätor erzwungenen Sponsion, statt der Centumvirn oder Decemvirn, einem Einzelgeschwornen übertragen werden konnten[26]). Bei dem Mangel gesetzlicher Begründung dafür scheint es den Anfang erweiterter Machtvollkommenheit des Prätors zu bezeichnen, welcher durch die Lex Aebutia im größten Umfange Raum verschafft wurde.

In allen Fällen wurde der Judex oder Arbiter aus den Senatoren[27]), also nach einem liberal-aristokratischen Princip aus der Classe der angesehensten und gebildetsten Männer ge-

24) *Gai.* IV. § 15. — ad iudicem accipiundum venirent. postea vero reversis dabatur **** XXX iudex. idque per legem Pinariam factum est. ante eam autem legem ******* dabatur iudex. Die verschiedenen Restitutionsversuche s. bei Keller Civilpr. Note 197, Mommsen Chronol. S. 252 Note 46. Ich bin jetzt geneigt, Heffter's Vorschlag: nondum dabatur iudex anzunehmen.

25) *Gai.* IV. §§ 18. 19. Rudorff II. § 20.

26) *Plaut. Rudens.* III. 4, 7 (712). [Ergo dato] de senatu Cyrenensi quemvis opulentum [arbitrum], Si tuas esse oportet, nive eas esse oportet liberas. Die für eine gerichtliche Sponsion entscheidenden Worte sind freilich nur Conjectur.

27) *Plaut. cit.*, *Polyb.* VI 17. Die Erzählung bei *Val. Max.* VIII. 2, 1., daß schon M. Porcius Cato, des berühmten Cato Vater, der selbst ein homo novus war, 559 d. St. in einer Sache zum Arbiter bestellt worden, ist durchaus unsicher. *Ferratii Ep.* I. p. 2.

nommen. Nur bei dem Grenzstreit hatten die Partheien die Wahl, ob sie den unentbehrlichen Feldmesser (agrimensor) nur als Kunstverständigen zuziehen oder selbst zum Arbiter bestellen lassen wollten [28]).

Ein Geschworner ist der Judex im eigentlichen Sinne vermöge des Eides, den er vor Beginn seines Geschäfts leistet: den Gesetzen und der Wahrheit gemäß verfahren und urtheilen zu wollen [29]). Der Bestechung überwiesen, erleidet er nach den Zwölf Tafeln eine Capitalstrafe [30]).

§ 25. Dem Judex oder Arbiter verwandt sind die Geschwornen, die unter dem Namen **recuperatores** stets in der Mehrzahl, meist drei oder fünf, vorkommen und deren Bedeutung für diese Periode durch das unverwerfliche Zeugniß des C. Aelius Gallus, eines namhaften Juristen und antiquarischen Lexicographen aus Cicero's Zeit [1]), außer Zweifel gesetzt ist. Nach ihm sind es Austrägal- oder Schiedsrichter, die laut eines zwischen dem römischen Volk und fremden Königen, Völkern oder Städten geschlossenen Staatsvertrags (reciperatio) die friedliche Rückgabe von Sachen oder die Verfolgung anderer Privatansprüche vermittelten [2]).

Das älteste Beispiel eines solchen Vertrages ist das latinische Bündniß vom Jahr 261 d. St., worin festgesetzt ward, daß über Klagen aus Verträgen zwischen Römern und Latinen

28) *Gromatici vett. ed. Lachm. p.* 34, 20. sqq. quod mensori iudicandum est. — quod advocatio praestanda *rel. p.* 43, 22. mensores arbitros conscribere, aut sortiri iudices finium regundorum causa.

29) Daß dieß altrömischer Grundsatz war, bezeugt noch Justinian in *L. 14. pr. C. Iust. de iudiciis* (3, 1). *Cic. de Off.* III. 10. u. A.

30) *Lex XII.* bei *Gell.* XX. 1, 7. — Iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam (l. iudicandam) pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur.

1) Rudorff, Rechtsg. I. § 65 S. 166. Des Aelius Gallus Werk de verborum, quae ad ius pertinent, significatione (L. 157. D. de verb. sign. 50, 16) hat Festus wohl noch öfter benutzt.

2) *Festus* v. *Reciperatio* est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

in kürzester Frist, nehmlich nach 10 Tagen, bei demjenigen Volke Gericht gehalten werden solle, wo der Vertrag geschlossen worden[3]), also falls dieß Rom war, vor der römischen Gerichtsobrigkeit und, wie nach dem Zeugniß des Aelius Gallus angenommen werden darf, vor daselbst bestellten Recuperatoren.

Aehnliche oder Rom noch günstigere Bedingungen wurden ohne Zweifel später mit allen italischen Völkerschaften verabredet, die nicht das römische Bürgerrecht empfingen, denen aber als Bundesgenossen (socii, hostes) gleiches Recht wie den römischen Bürgern zugesichert wurde[4]).

Diesem Rechtszustand entspricht es, daß im sechsten Jahrhundert d. St. für Klagen aller Art eines Peregrinen gegen einen römischen Bürger und umgekehrt, vom Prätor Recuperatoren bestellt werden[5]). Desgleichen, daß nachdem Roms Herrschaft auf überseeische Länder ausgedehnt war, im J. 581 die Klagen hispanischer Völkerschaften wegen Erpressungen römischer Beamten (repetundae) nach Senatsschluß durch den Prätor je fünf Recuperatoren senatorischen Standes überwiesen wurden[6]).

Unzweifelhaft war die Besetzung des recuperatorischen Gerichts darauf berechnet, die durch den Gegensatz der Nationalität gefährdete und um so mehr geforderte Unpartheilichkeit des

3) *Dionys.* IV. 95. — *τῶν τ' ἰδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον.*

4) S. oben § 21 Note 20.

5) Plautus läßt mit Uebertragung der römischen Einrichtung auf Athen in den *Bachid.* II. 3, 37. sqq. (270) den Athener Nicobulus die Geldschuld seines Gastfreundes Archidemides in Ephesus durch seinen Sohn Mnesilochus einfordern und sagt, als die Zahlung verweigert wird: Postquam quidem Praetor recuperatores dedit, Damnatus demum vi coactus reddidit Mille et ducentos Philippos. Im *Rudens* V, 5, 2. (1282) vindicirt der Athener Plesidippus von dem Leno Labrax in Cyrene vor Recuperatoren die Palästra in libertatem, während vorher III. 4, 8. (712) zwischen deren Vater, dem als Exsul in Cyrene eingebürgerten Athener Daemones und dem Leno Labrax für dieselbe Rechtsfrage von der Bestellung eines Arbiter de Senatu Cyrenensi die Rede ist.

6) *Liv.* 43, 2. — L. Canuleio Praetori — negotium datum est, ut in singulos, a quibus Hispani pecunias peterent, quinos recuperatores ex ordine senatorio daret, patronosque quos vellent sumendi potestatem faceret.

Urtheils zu sichern. Man hat deshalb angenommen, daß es ein aus Gliedern beider Völker gemischtes Gericht gewesen sei [7]). Allein es fehlt dafür an jedem Beweise. Wahrscheinlicher gehörten die Geschwornen wie die Gerichtsobrigkeit jedesmal dem Volke an, wo die Verhandlung stattfand, und die Ausgleichung lag in der allgemeinen Gegenseitigkeit dieses Rechts. Die Unpartheilichkeit der thatsächlichen Entscheidung aber wurde, wie bei dem Arbitrium, verbürgt durch den gleichen Einfluß beider Partheien auf die Wahl der Recuperatoren [8]).

Daß die Instruction der Sache nicht durch Legis Actio, sondern durch freie Anordnung (imperio) des Prätors, welche die Ernennung der Recuperatoren und ihre Anweisung in sich schloß, erfolgte, ist oben bemerkt worden [9]). Außerdem gehörte zu den Eigenthümlichkeiten des Verfahrens bei einem solchen Gastgericht die Verabredung eines nahen ersten Termins im Interesse des nur für kürzere Zeit in Rom anwesenden Ausländers [10]).

§ 26. Einer allgemeinen Erörterung bedarf noch das Verhältniß der **Thatfrage**, über welche die Geschwornen aller Art zu entscheiden hatten, zu dem **Rechtspunkt** [1]), und der Einfluß, der von den Geschwornengerichten auf die Rechtsentwicklung ausging.

7) **Huschke** in Richter's krit. Zeitschr. I. 2. S. 886. Früher war er anderer Ansicht in Anal. p. 211. 218. **Puchta**, Instit. I. § 83 Note d. und k. unterscheidet. **Rudorff**, Rechtsg. § 8 S. 35 ist unbedingt für das gemischte Gericht. **Keller**, Civilpr. § 8 S. 31 erklärt sich schwankend.

8) Recuperatores sumere und reiicire ist später dafür technischer Ausdruck. *Cic. Verr.* III. 60. Vgl. **Rudorff**, Rechtsg. II. § 9 Note 3. Ebenso heißt es bei *Liv. l. c.* von den hispanischen Gesandten: Cum M. Ticinio (dem ersten Angeklagten) primum recuperatores sumserunt.

9) S. § 21 Note 23.

10) S. oben Note 3. Cf. *Lex agr.* (*Thoria*) c. 17. in diebus X proxumeis — (*recuperatores*) — dato. *Festus* v. *Status dies* vocatur, qui iudicii causa est constitutus cum peregrino. — Plautus in Curculione: Si status condictus cum hoste intercedit dies. Vgl. *Gai.* IV. § 18. Aber per condictionem wurde nicht verfahren; denn diese Legis Actio veranlaßte eine dreißigtägige Frist für die Anordnung des Judiciums. S. § 44.

1) **Keller**, Civilpr. § 1 Note 8 und **Rudorff**, Rechtsg. II. § 1 Note 6 bemerken unter Verweisung auf das Englische Recht im Allgemeinen, daß eine absolute Scheidung nicht möglich sei.

Man ist jetzt allgemein zu der Einsicht gelangt, daß selbst im Criminalprozeß, wo doch Beides mehr auseinanderfällt, weil der verbrecherische Wille sich dem Recht entzieht und erst durch den Richter unter das Strafgesetz subsumirt wird, eine absolute Trennung unausführbar ist; denn auch die Auflehnung gegen das Recht ist eine Beziehung zu demselben, der Thatfrage mischen sich Rechtsbegriffe als Dolus und dergl. bei. Um wie viel mehr im Civilprozeß, der den rechtlichen Willen zum Gegenstande hat, wo also das Recht des Falles dem thatsächlichen Verhältniß immanent ist und nur unter fortgesetzter Wechselbeziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze auf die concrete Thatsache gefunden werden kann. Eben deshalb wurde der Eid des Geschwornen nicht bloß auf die Thatsache (veritas), sondern auch auf die Gesetze (leges) gerichtet [2]. Indeß ist klar, daß die Instruction der Sache vor dem Magistrat (per legis actionem), welche die Anwendung des Gesetzes vermittelte, also den Rechtspunkt feststellte, je nachdem sie freierer oder strengerer Natur war, dem Geschwornen Mehr oder Weniger von rechtlicher Beurtheilung übrig ließ.

Bei der Instruction durch die sacramenti actio war der erkennende Richter, mochte dieß nun der Prätor selbst oder ein Richtercollegium oder ein Einzelngeschworner sein, aufs Strengste gebunden. War die bestimmt formulirte Behauptung des Klägers erwiesen, so mußte die Wette (sacramentum) und damit die Sache selbst für gewonnen, die des Gegners für verloren erklärt werden, und im entgegengesetzten Fall umgekehrt. Allein die Natur des Streitgegenstandes stellte die Sache doch noch verschieden. Bei Pönalklagen war dieß die Thatsache des Delicts, also die rechtliche Beurtheilung in die engsten Grenzen eingeschlossen. Desgleichen bei der Schuldklage auf Certum aus einem formellen Rechtsgeschäft, worauf als causa debendi die Legis Actio ausdrücklich Bezug nahm. Die Einführung des Verfahrens per condictionem konnte hierin nichts

2) S. oben § 23 S. 60 und § 24 Note 29.

ändern. Dasselbe galt auch von der Klage aus einem rechtskräftigen Urtheil und was dem gleich kam (per manus iniectionem).

Ganz anders bei dinglichen Klagen, die zur Entscheidung der Decemvirn oder Centumvirn kamen. Zwar waren auch diese Geschwornen an die in der sacramenti actio gegebene Instruction streng gebunden. Allein da diese nur das streitige Recht, Eigenthum, Servitut, Erbrecht, Familiengewalt oder Freiheit u. s. w. aussprach, so blieb ihnen rücksichtlich seiner thatsächlichen Bedingungen und seines Inhalts ein weiter Kreis rechtlicher Beurtheilung, von der insbesondere die Centumvirn als ein Volksgericht von höchstem Ansehn den freiesten Gebrauch machten. Natürlich in Verbindung mit der Jurisprudenz der Zeit.

Diese alte Jurisprudenz (veteres) übte, wie wir gesehen, durch Aufstellung der legis actiones im engsten Anschluß an die Gesetze einen entscheidenden Einfluß auf die Instruction der Sache vor dem Magistrat und nur mittelbar durch diesen auf das Judicium. Ein anderer Zweig derselben, die interpretatio, d. h. die Verknüpfung des Inhalts der Gesetze mit dem überlieferten und fortschreitenden Rechtsbewußtsein der Nation, die Ableitung practischer Rechtssprüche (responsa) und Sprüchwörter (regulae iuris) aus dieser zwiefachen Quelle, griff als ius controversum unmittelbar in die Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits ein und nahm hierdurch die Gestalt der disputatio fori an[3]). Das fruchtbarste Feld fand diese in dem Centumviralgericht, wie denn noch Cicero dieses als die Instanz bezeichnet, wo vorzugsweise durch rechtskundige Redner wichtige und schwierige Fragen des Civilrechts zur Ver-

3) *L. 2. § 5. D. de or. iur.* (1, 2). *Pomp.* His legibus (*XII tab.*) latis coepit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret Prudentium auctoritate [?], necessariam esse disputationem fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a Prudentibus — communi nomine appellatur ius civile. Cf. §§ 6. 8. Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 2 Note 4. § 62.

handlung kamen[4]). Ist es doch auch das Sachen-, Familien- und Erbrecht, also der Kreis der von den Centumvirn zu entscheidenden Vindicationen, in dem das alte ius civile, die fortgeschrittene Zeitansicht praeter legem und contra legem vertretend und unterstützt durch die Urtheilssprüche (res iudicatae) und precedents (praeiudicia) jenes angesehenen Gerichtshofes, seine subtilen Rechtssätze aufstellte. So im directen Widerspruch mit der in den Zwölf Tafeln gewährleisteten freien testamenti factio das Recht der querela inofficiosi, gegründet auf die willkührliche Fiction, daß ein Testirer, der seine nächsten Angehörigen nicht bedenkt, wahnsinnig gewesen sein müsse. Ebenso die kleinlich distinguirenden Bestimmungen über Exheredation und Präterition, auf der ebenso willkührlichen Voraussetzung ruhend, daß er an den Sohn, die Tochter u. s. w. nicht gedacht habe[5]). Auch den Ausschluß der fernern Agnatinnen von der Intestaterbschaft hätten die Juristen allein durch Berufung auf die voconiana ratio wohl schwerlich durchgesetzt, wäre es ihnen nicht gelungen, die Anerkennung der Centumvirn zu gewinnen. So bildeten diese also einen Schöppenstuhl von bedeutendem Einfluß auf die Rechtsentwicklung[6]).

Eine noch freiere rechtliche Beurtheilung hatte der durch iudicis postulatio zum Richteramt berufene Arbiter, der bei dem Mangel gesetzlicher und autonomischer Bestimmungen ausdrücklich darauf angewiesen war, aus den concreten Thatsachen nach bestem Wissen und Gewissen (boni viri arbitratu) das Recht zu finden. Der Gefahr zu willkührlicher und widersprechender Urtheile war durch das natürliche Ansehen der Prä-

4) *Cic. de Or.* I. 38. sqq. Freiheit und Civität, die hier auch erwähnt werden, gehörten vor die Decemvirn.

5) Beweisstellen für den Einfluß der Centumvirn in diesen Materien s. bei Rudorff, Rechtsg. II. § 7 Note 10. *Quintil. Inst. or.* V. 2, 1. Praeiudicia der ersten Art oder exempla: ut de rescissis patrum testamentis vel contra filios confirmatis.

6) Deshalb werden noch von Cicero top. 5. die res iudicatae unter den Rechtsquellen unmittelbar hinter leges und senatus consulta genannt, während sie z. B. bei *Gai.* I. § 2. nicht mehr vorkommen.

judicien (exempla) vorgebeugt[7]). So war also auch in den übereinstimmenden Urtheilsprüchen (res iudicatae) der Arbitri eine reiche Quelle der Rechtsentwicklung eröffnet, welcher ohne Zweifel viele Grundsätze der bonae fidei obligationes, als Tutel, Dos, Societät u. s. w., die wir später geltend finden, ihren Ursprung verdanken. Die Jurisprudenz dieser Zeit freilich schwankte noch zu sehr zwischen ängstlicher Buchstäblichkeit und willkührlichen Fictionen, um sich diesen lebendigen Rechtsstoff anzueignen, er latitirte noch unter der thatsächlichen Beurtheilung (voluntatis quaestio), der Domaine des Geschwornen.

Aehnlich standen die Recuperatoren. Denn, da die Instruction nicht per legis actionem erfolgte, so waren sie durch keine Formel gebunden. Der Prätor, der sie bestellte, konnte ihnen nur den Gegenstand des Streites bezeichnen und sie anweisen, dem Fremden und seinem römischen Widersacher nach Maaßgabe des Bundesvertrags gleiches Recht zu sprechen[8]). Dabei konnten sie weder das fremde noch das römische Civilrecht zum Maaßstab nehmen. Es galt, aus den Thatsachen nach freiem Ermessen ein beiden Theilen gemeinsames Recht (aequum ius) zu finden[9]), und so müssen die Urtheilsprüche der Recuperatoren zur Entwicklung des ius naturale oder gentium im Tribunal des Prätor peregrinus wesentlich beigetragen haben.

C. Ort und Zeit des Gerichts.

§ 27. Ein wesentliches Stück jeder Gerichtsverfassung ist die Bestimmung des Ortes und der Zeit, wo der Rechtsuchende

7) *Quintil. Inst. or.* V. 2. Vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam: et ipse pronuntiaturus exemplum non libenter, quod in se fortasse recidat, facit. *Pseudo-Ascon. ad Cic. Divin.* 4.

8) S. oben § 21 Not. 20. 22. 25. 26.

9) Vgl. Puchta Instit. § 83. (I. S. 359 folg.).

das Recht zu finden gewiß sein kann, zumal wenn er, wie nach ältester römischer Prozeßform, den Richter persönlich antreten (adire) muß.

Mochte also der Consul oder der Prätor, wie früher der König, immerhin persönlicher Träger der höchsten Richtergewalt (imperium, iurisdictio) sein: an einer altherkömmlichen **Gerichtsstätte**, wo er Recht sprach und die deshalb selbst das Recht (ius) hieß [1]), durfte es nicht fehlen. Es war dieß der alte, zwischen Capitol und Palatin gelegene Versammlungsort der Bürgerschaft, das Comitium [2]), wo er auf erhöheter Tribüne (tribunal) [3]) unter freiem Himmel, auf dem königlichen Stuhle (sella curulis) sitzend, von seinem Consilium, den Lictoren und andern Dienern umgeben, an dessen Stufen (pro tribunali) [4]) die Partheien hörte und durch seinen Rechtsspruch, sei es die Untersuchung im Judicium vorbereitete oder sofort selbst entschied. Daß der Consul, wenn er zu Felde lag, nach Bedürfniß auch inmitten des Volksheers sein Tribunal errichten und Recht sprechen konnte, versteht sich von selbst [5]). Ebenso, daß wenn die gerichtliche Verhandlung an Ort und Stelle stattfand, z. B. bei der Vindication eines Grundstücks, der Prätor hier

1) *Lex XII tab.*: Si in ius vocat.

2) *Gell.* XX. 1, 47. ad Praetorem in comitium producebantur. *Plaut. Poen.* III. 6, 12. Cras mane, quaeso, in comitio estote obviam. *Varro de LL.* V. 32. (§ 155 M.). Comitium ab eo, quod coibant eo comitiis curiatis et litium causa. Der archäologische Streit über die genauere Lage des Comitiums interessirt uns hier nicht. Vgl. **Dernburg** in **Rudorff's** Zeitschr. für Rechtsg. II. S. 69 folg.

3) *Dionys.* II. 29. (Romulus) — παρεσκευάσατο χωρίοντε, ἐν ᾧ καϑεζόμενος ἐδίκαζεν, ἐν τῷ φανερωτάτῳ τῆς ἀγορᾶς. Daß Comitium und Tribunal so gut wie Curia und Rostra ein inaugurirtes Templum war, bezweifle ich nicht, obgleich es nirgends, auch nicht Liv. V. 52, gesagt wird.

4) *Festus epit.* v. *Pro* significat in, ut pro rostris, — pro tribunali. Der Prätor saß freilich **auf** dem Tribunal, allein seine Verhandlung mit den an dessen Stufen stehenden Partheien, die Legis Actio, fand **vor** demselben statt, wie die Verhandlung mit dem Volk pro rostris. *Cic. de or.* I. 37. sagt richtig von dem Prätor und seinem Consilium in tribunali sedere, *Plin. Ep.* I. 10. mißbräuchlich von seiner Amtsführung: sedeo pro tribunali.

5) z. B. Scipio — ius in castris sedens dicebat. *Gell.* VI. 1, 8.

mit der ganzen Fülle seines Imperiums erschien[6]). Ob der Prätor peregrinus die Fremden auf dem geweihten Comitium hören durfte, steht dahin[7]). Und unter außerordentlichen Umständen schlugen beide Prätoren an irgend einem Ort der Stadt ihr Tribunal auf[8]). Insofern konnte also gesagt werden: Ubicunque Praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur[9]). Aber daß sie die feierlichen Handlungen des Imperiums (legis actiones) schon jetzt, wie es später geschah, wo sie gingen oder standen vorgenommen, bezweifle ich[10]).

Alle gerichtlichen Verhandlungen waren unbedingt öffentlich, d. h. der Zutritt war jedem Bürger, wohl auch verbündeten Fremden an ihrem Ort, gestattet; gewiß nicht der Menge der Sclaven, denen öffentlich aufzutreten überall versagt war.

Dieß gilt auch von den Geschwornen (iudices), die collegialisch oder einzeln, auf offenem Markte, dem Versammlungsort der Gemeine (forum) zu Gericht saßen[11]).

§ 28. Ebensowenig als der Ort kann auch die Zeit der Rechtsprechung dem reinen Belieben der Gerichtsobrigkeit überlassen gewesen sein; es kann an bestimmten **Gerichtstagen** nicht gefehlt haben, wo die Partheien gewiß waren, den König, später den Consul oder Prätor an der ordentlichen Gerichtsstätte anzutreffen.

Einem so einfachen Bedürfniß, sollte man denken, hätte der practische Sinn der Römer eben so einfach abgeholfen. Und so scheint es fast, wenn wir der Sage glauben dürfen,

6) Auch dieß nennen die Zwölf Tafeln in iure. *Gell.* XX. 10, 8.

7) Hatten die verbündeten Fremden doch auch eine besondere Stelle, die Gräcostasis, von wo sie der Volksversammlung beiwohnten.

8) *Liv.* 23, 32. Praetores ad piscinam publicam tribunalia posuerunt. Versammelte sich doch damals auch der Senat nicht in der Curie, sondern ad portam Capenam.

9) Diese Rechtsparömie spricht Paulus in *L. 11. D. de iustitia et iure* (1, 1.) aus, ihr alterthümliches Gepräge deutet aber auf frühern Ursprung.

10) Vgl. unten § 79.

11) *Auct. ad Herenn.* II. 13. *Lex XII*: Ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito. In comitio beziehe ich auf die eigene Cognition des Prätors, in foro auf die der Judices. S. unten § 57. Vgl. § 79 Note 4.

daß nach altitalischer Sitte der König jeden neunten Tag, also etwa am ersten Tage der bekanntlich achttägigen italischen Woche, den zum Markt in die Stadt kommenden Landleuten Recht gesprochen[1]). Allein ganz so einfach war die Sache doch nicht. Denn indem ein Volk auch im Naturstande die Zeit nicht anders als nach den regelmäßig wiederkehrenden Naturerscheinungen, Tag und Nacht, Mondwechsel, Jahreszeiten, messen kann, entsteht ihm aus der Incongruenz der Erdumdrehung, der Mondphasen und des scheinbaren Sonnenumlaufs eine Schwierigkeit, die es durch mehr oder weniger künstliche Combinationen zu überwinden sucht. Auch jene achttägige Woche war ja ursprünglich nicht eine Tagreihe mit willkührlichem Anfangs- und Endpunkt, sondern der durch eine Mondphase bezeichnete vierte Theil des Mondmonats. Fühlte man auch noch kein Bedürfniß, diesen zum Jahr in ein bestimmtes Verhältniß zu setzen, so können wir uns jenen ältesten Hergang doch nur etwa so denken[2]), daß der König, wenn ihm die Erscheinung des neuen Lichts, des ersten Viertels, des Vollmonds oder des letzten Viertels von seinem sternkundigen Pontifex gemeldet wurde, der Gemeinde für den folgenden Tag Gericht und Versammlung zu Berathung und Marktverkehr ansagte, was dann, nach der Zählung ganzer Lichttage, bald der achte und bald der neunte war, immer aber der Neunte (nonae oder nundinae) genannt wurde, wie die Woche, die feste und die bewegliche, nundinum[3]).

1) *Macrob. Sat.* I. 15, 13. — apud Tuscos Nonae plures habebantur, quod hi nono quoque die regem suum salutabant et de propriis rebus consulebant. *Varro de R. R.* II. *praefat.* — nostri maiores — annum ita diviserunt, ut nonis modo diebus urbanas res usurparent, reliquis septem ut rura colerent. *Dionys.* II. 28. (Romulus) — *ἐννάτην ὁρίζων ἡμέραν ταῖς ἀγοραῖς.* In demselben Sinne schrieb Tuditanus die Einführung der Nundinen dem Romulus zu. *Macrob.* I. 16, 32.

2) Vgl. Mommsen, röm. Chronol. Beil. III. S. 249 folg.

3) Daß auch noch später die bewegliche Woche von der Geburt bis zum Namenstage der Knaben und Mädchen zwischen 7 und 8 Tagen schwankte, während das Todtenmahl immer am neunten Tage gehalten wurde, erinnert Mommsen a. a. O. S. 216. Cf. *Nov.* 115. c. 5. Die Compitalien als feriae conceptae sagte der Prätor

Die Gründung Roms freilich denken wir uns in einer Zeit, wo bereits auch die Jahre gezählt und nach Monaten und Tagen gemessen wurden. Das älteste sg. romulische Jahr soll aus 10 Monaten und 304 Tagen, also 38 achttägigen Wochen bestanden haben, und man hat in den 38 anscheinend willkührlich vertheilten Gerichtstagen (dies fasti) der spätern Kalendarien einen merkwürdigen Rest von Beidem, jener ältesten Sitte am ersten Wochentage Gericht zu halten und dieser Jahresberechnung, zu finden geglaubt[4]). Allein jene Zahl trifft nach richtiger Lesung der Kalendarien nicht zu[5]), und selbst die Existenz dieses zehnmonatlichen romulischen Gemeinjahrs, das weder mit dem Monde noch mit der Sonne stimmt, wird von anderer Seite stark bezweifelt[6]). Uebrigens hätte auch mit seiner Annahme die Woche und der Neunte oder Gerichtstag sich bereits von den Mondphasen getrennt, wäre zur willkührlichen Setzung geworden.

Eben dieß mußte geschehen mit der Einführung des sg. Numaschen Mondsonnenjahrs[7]) von 355 Tagen und zwölf Monaten, wollte man anders bei deren Theilung in Wochen die Erinnerung an die Mondphasen festhalten und die Gerichtstage dazu in Beziehung setzen. Daß Kalenden, Nonen und Idus eine solche ganz ideale Beziehung zum Neulicht, ersten Viertel und Vollmond haben, ist gewiß; und die Consequenz führt auf einen vierten Wochenabschnitt an Stelle des letzten Viertels, den neunten Tag vor den Kalenden des nächsten Monats (nun-

für den neunten Tag an. Gell. X. 24. 3. Bekannt ist auch das sacrificium novendiale.

4) Niebuhr, röm. Geschichte I. S. 308. 382. III S. 367.

5) Handbuch des Civilprozesses Bonn 1834. I. S. 222. Mommsen Inscr. lat. I p. 373, b.

6) Mommsen, röm. Chronol. III. S. 47 folg.

7) Der Kürze wegen nenne ich es so. Vgl. Mommsen a. O. I. S. 8 folg. Wenn derselbe jetzt *Inscr. lat. p.* 361 sq. die 45 alten Festtage und die 45 alten dies fasti des julianischen Kalendariums auf 45 achttägige Wochen dieses Jahres zurückführt, so stimmen weder die Zahlen ($\frac{355}{8} = 44^3/_8$), noch, so viel ich einzusehen vermag, diese Jahreswochen und die davon abhängigen dies fasti mit der früheren Ansicht des Vfs. über deren Ursprung.

dinae)[8]), den freilich die auf uns gekommenen Kalendarien der augusteischen Zeit nicht mehr verzeichnen. Aber die in denselben angemerkten alten Gerichts- und Gemeindetage (dies fasti und comitiales) stehen unverkennbar in einem positiven Verhältniß zu diesen Wochenabschnitten[9]), und es wird durch diesen ganzen Zusammenhang wahrscheinlich, daß eben sie, vielleicht mit Einschluß der Nachtage (dies posteri), ursprünglich die feststehenden Gerichts- und Versammlungstage waren[10]), wie sie ja Schmausetage bis in die späteste Zeit der Republik geblieben sind[11]). Da aber weder die Monate noch die Wochen den Mondphasen

8) Mommsen, Chron. S. 293 folg., *Inscr. lat. p.* 372, a. hat mich von dieser seiner Entdeckung nahezu überzeugt. Die Begründung derselben ist nachzulesen. Auffallend bleibt, daß wenn diese nundinae noch Cicero bekannt waren, schon Cato de re rust. 143. nur Kalenden, Nonen und Idus als Festtage nennt, und daß die Zählung der Tage (von den Kalenden des nächsten Monats rückwärts) rücksichtslos über diesen Neunten wegschritt.

9) Derselbe S. 234 folg. 249 folg. Auch Hartmann, röm. Gerichtsverfassung, Göttingen 1859 S. 64 folg. hat diese Beziehung, wenigstens auf Kalenden, Nonen und Idus, bemerkt, zieht aber andere Schlüsse daraus.

10) Spuren davon enthalten auch die barbarischen Brocken des *Isidor. Orig.* V. 33. Kalendas autem, Nonas et Idus propter festos dies (uneigentlich) Romani instituerunt, vel propter officia Magistratuum (Amtsantritt, s. Mommsen a. a. O. S. 237). In iis enim diebus conveniebatur in urbibus. — Idus — plerique Latinorum ab edendo dictas putant; quod ii dies apud veteres epularum essent (Schmausetage). Nonae a nundinis vocatae: nundinae enim sunt publicae conventiones sive mercimonia (Markttage). Für den Gerichtstag an den Nonen *Varro de L. L.* VI. 4. *M.* 28. Nonae — eodem die enim in urbem ab agris ad regem conveniebat populus. Wenn derselbe bei *Servius ad Virgil. Georg.* I. 275. sagt: Antiquos nundinas (Märkte) feriatis diebus agere instituisse, quo facilius commercii causa ad urbem rustici commearent, so meint er mit dies feriati nur, was Titus bei *Macrob.* I. 16, 28. dies sollennes und *Festus epit.* v. *Feriae* sine die festo nennt, nehmlich eben Kalenden, Nonen und Idus. Die Nachtage (dies posteri) sind in den Kalendarien vorzugsweise Gerichtstage (fasti) und ich sehe keinen Grund zu der Annahme von Hartmann a. a. O., daß sie es erst später geworden seien. Die Menge der Prozesse mußte die Hinzunahme derselben früh veranlassen. Ja bei den Idus scheint nur der Nachtag zu gerichtlichen Verhandlungen benutzt worden zu sein, da sie durchweg nicht fasti sind. Vgl. Mommsen Inscr. lat. p. 372, a.

11) Mommsen Chron. S. 253 Note 50. Wie ja auch in manchen Gegenden Deutschlands die alten Dingtage sich nur als solche erhalten haben.

entsprachen, überdieß von ungleicher Länge waren, so wurde nun am ersten Tage des Monats in der dazu aufs Capitol berufenen Volksversammlung (comitia calata) durch einen Pontifex auf Befehl des Opferkönigs verkündigt, ob bis zu den an Stelle des ersten Viertels getretenen Nonen einschließlich fünf oder sieben Tage zu zählen seien, womit dann die je acht Tage davon abstehenden Idus und Nundinae in der Regel gegeben waren; daher dieser erste Monatstag eben der Rufetag (Kalendae) hieß [12]).

Aber auch bei dieser verhältnißmäßig natürlichen und practischen Einrichtung blieb es nicht. Der Kalender stand zwar als Staatsangelegenheit unter der Gewähr der öffentlichen Gewalten; aber wegen seiner religiösen Weihe waren eigentlich die Gutachten der Pontifices entscheidend, deren astronomische Unwissenheit bekanntlich so grenzenlose Verwirrung in die Jahresberechnung brachte und die durch Aberglauben oder „frommen Betrug“ im Interesse ihres Standes mit der Gerichts-, Markt- und Festordnung willkührlich genug geschaltet haben mögen [13]). Wurde doch offenkundig die Gemeine dadurch in Abhängigkeit erhalten, daß die nach keiner erkennbaren Regel geordneten Gerichtstage von ihnen erfragt werden mußten! Durch das Zwölftafelgesetz ward auch hier Abhülfe geschafft, die Intercalation neu regulirt und in einer der zuletzt publicirten Tafeln ein Gerichtskalender öffentlich aufgestellt [14]). Allein im gallischen Brande scheint diese untergegangen, jeden Falls nicht wieder am Forum aufgehängt worden zu sein [15]). Denn definitiv schlug

12) Derselbe S. 16 folg.

13) Dahin gehörte auch die Maaßregel, durch welche verhütet wurde, daß kein Markttag auf die Nonen, den Geburtstag des K. Servius Tullius, fiel, ne quid nundinis collecta universitas ob desiderium regis novaret. *Macrob.* Sat. I. 13, 18. Dagegen behauptet jetzt *Mommsen Inscr. lat. p.* 361, die Ordnung der dies fasti und nefasti in den spätern Kalendarien, wie überhaupt der mit großen Buchstaben geschriebene Theil derselben, sei die des K. Numa: neque aetate liberae rei publicae quidquam in ea consulto mutatum est, non magis quam in reliquis — legibus vetustis *rel.*, cf. p. 366, b., eine Behauptung, der ich mich nicht anschließen kann.

14) *Macrob. Sat.* I. 13, 21. *Cic. ad Att.* VI. 1, 8. 18. Vgl. Mommsen, Chron. S. 30.

15) *Cic. cit.* occultatam putant quodam tempore istam ta-

die Stunde der Befreiung für die Gemeine in dieser Beziehung erst, als Cn. Flavius, durch die Gunst derselben zur Aedilität berufen (um 450 d. St.), ein Kalendarium am Markt öffentlich aufstellte, in dem nun jeder Lesende lesen konnte, wann Gerichtstag (dies fastus) sei, wann nicht (dies nefastus)[16]. Um dieselbe Zeit hob das hortensische Gesetz (467 d. St.), dasselbe das den Plebisciten unbeschränkte Gesetzeskraft beilegte, den Bann, den die Pontifices bis dahin über die Markttage (nundinae) ausgesprochen, um bei zahlreich versammeltem Landvolk Gemeindeschlüsse zu verhindern, wenigstens im Interesse der Rechtspflege auf und erklärte sie für Gerichtstage[17].

Wie manche Veränderungen im Einzelnen der öffentliche Kalender später noch erfahren, wissen wir nicht. Die Kalendarien, diese merkwürdigen Urkunden aus der ersten Kaiserzeit, geben, Dank sei es der ebenso schonenden als glücklichen Kalenderreform von J. Caesar, in Verbindung mit den Zeugnissen gleichzeitiger Archäologen, reichhaltiges Material zu dessen Herstellung auch für die Periode der Legis Actiones, mit der wir

bulam, ut dies agendi peterentur a paucis. *Liv.* VI. 1. in primis foedera ac leges, — erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges, — conquiri quae comparerent iusserunt. alia ex eis edita etiam in volgus; quae autem ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime, ut religione obstrictos haberent multitudinis animos, suppressa. *Mommsen Inscr.* p. 294, a. Nec — putarim post Gallicum incendium, quod cum XII tabulis etiam hemerologium publicum populi Romani in foro propositum consumpsit, fastos annales iubente collegio Pontificum lapidi aerive incisos in urbe prostitisse.

16) *Cic. cit., pro Mur.* 11. *Plin. H.N.* 32, 6. Die Veröffentlichung des ius Flavianum war Privatsache, die Aufstellung des Kalendariums am Forum nur dem Aedilen möglich, der übrigens von Amtswegen mit den Legis Actiones nichts zu thun hatte. Allerdings hätten die Consuln, wie Mommsen Chron. S. 210 bemerkt, die Tafel oder die Inschrift in albo wieder wegnehmen lassen können. Allein nachdem sie bei der Wahl des Cn. Flavius geschlagen worden, ist es begreiflich, daß sie dies nicht wagten.

17) *Macrob. Sat.* I. 16, 28—31. *Festus* v. *Nundinas. Plin. H.N.* 18, 3. Mommsen Chron. S. 247 versteht unter nundinae auch hier den Neunten vor den Kalenden des nächsten Monats; die gewöhnliche Ansicht den ersten Tag der beweglichen Woche, den Wochenmarkt. S. Niebuhr, röm. Gesch. II. S. 243, Hartmann a. a. O. S. 94 folg. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

es hier zu thun haben. Die archäologische Forschung, die dieß im vollständigen Zusammenhang römischer Sitte und Theologie allein vermag, hat indeß bis jetzt keine so sichern Resultate geliefert, daß wir Juristen davon fröhlichen Gebrauch machen könnten [18]). Für unsern Zweck muß daher vorläufig Folgendes genügen.

Die Kalendarien merken zu den einzelnen Tagen Dreierlei an, was nicht zu vermischen ist: 1) den Gerichts- und Comitial-Kalender, 2) die religiöse Charakterisirung der Tage, Feste, Spiele u. A., endlich 3) die durch's ganze Jahr laufenden achttägigen Wochen.

Diese letztern müssen sehr früh, vielleicht schon zu der Zeit in Gebrauch gekommen sein, als bei Einführung des Numaschen Mondsonnenjahrs die Gerichtstage auf die vier Monatsabschnitte gelegt wurden. Denn die Wochenmärkte (nundinae) verlangten im Interesse des Landvolks eine einfache, Jedem verständliche Regel und dazu war der erste Tag der durchlaufenden achttägigen Woche (nundinum) der geeignetste. Auch spricht die Charakterisirung dieser Wochen in den Kalendarien durch große Buchstaben dafür, daß sie zu dem ältesten Theil derselben gehören [19]) und die spätern Schriftsteller knüpfen die Einrichtung der Wochenmärkte ihrer Zeit an die uralte italische Sitte, aus der sie sich nach unsrer Ansicht entwickelt hat [20]).

18) Non omnia possumus omnes! — Auch Mommsen, der den Vorzug hat, beide Gebiete, Archäologie und Jurisprudenz zu beherrschen, und dem ich auf mehreren Punkten gefolgt bin, dürfte weder durch Beilage III der Chronologie, noch durch *Comm. ad fastos Iul. A.* 6., *Inscr. lat. p.* 366. sqq. die Sache zum definitiven Abschluß gebracht haben. Ja, durch seine überzeugende Nachweisung des Ursprungs der erhaltenen Kalendarien *ibid. p.* 294. 362 sq. wird selbst deren Glaubwürdigkeit im Einzelnen, also die Hauptgrundlage der Forschung, erschüttert.

19) *Mommsen Inscr. lat. p.* 361. hat zuerst auf diesen wichtigen Unterschied der größeren und kleineren Schrift, der durch alle Kalendarien durchgeht, aufmerksam gemacht. Das moderne G wurde natürlich erst in den Julianischen Fasten den Nundinalbuchstaben eingefügt. Vgl. Ovid. Fast. I. 47. sqq., nachdem er die dies fasti und nefasti u. s. w. erklärt: est quoque (*dies*) qui nono semper ab orbe redit.

20) *Columella de re rust.* I. *praef.* 18 (offenbar von seiner Zeit, wenngleich an die von Varro Note 1 bezeugte alte Sitte an-

Auch für das übrige Geschäftsleben mußten diese beweglichen Wochen als kürzere Zeitabschnitte sich nützlich erweisen. Für den Gerichtskalender und überhaupt für das römische Recht aber sind sie ohne Bedeutung[21]).

Die religiöse Charakterisirung der einzelnen Tage, durch Feste und Spiele, als glückliche oder unglückliche Erinnerungstage u. s. w., die in den Kalendarien, insofern sie der ältesten Zeit angehört, an zweiter Stelle durch große, sonst an dritter durch kleine beigeschriebene Schrift bezeichnet wird, ist ebenfalls für den bürgerlichen Gebrauch nicht schlechthin entscheidend, jedoch insofern von Interesse, als sie den Grund ihrer bürgerlichen Charakterisirung enthalten kann, wovon nachher noch besonders.

Der bürgerliche Gerichts- und Comitial-Kalender aber, den die jedem Tag an zweiter oder dritter Stelle beigefügten großen Siglen bezeichnen[22]), ist offenbar ein in sich zusammenhängendes und geschlossenes System, das auf dem Gegensatz des dies fastus, mit Einschluß des dies comitialis[23]), und des dies nefastus beruht. Denn auch die getheilten Tage werden von diesem Gegensatz beherrscht[24]). Die Bedeutung desselben wird

knüpfend). Nundinarum etiam conventus manifestum est propterea usurpatos, ut nonis tantummodo diebus urbanae res agerentur, reliquis administrarentur rusticae. *Dionys.* VII. 58. *αἱ δ' ἀγοραὶ Ῥωμαίοις ἐγίνοντο, ὡς καὶ μέχρι τῶν καθ' ἡμᾶς χρόνων, δι' ἡμέρας ἐννάτης rel.* Ist der cocus nundinalis bei *Plaut. Aul.* II. 4, 45. *Festus* v. *Nundinalem cocum M. p.* 273 ein Markt- und Sonntagskoch oder Todtenmahlskoch?

21) Savigny, System IV. S. 335.

22) Die Siglen sind: F. fastus, C. comitialis, N. nefastus, EN. intercisus, FP. und NP, deren Sinn bestritten ist, Note 32, Q. R. C. F. quando rex comitiavit fas, Q. S. D. F. quando stercus delatum fas. *Festus* v. *Comitialis M. p.* 38. v. *Fastis p.* 93. v. *Nefasti p.* 165. v. *Quando rex* v. *Quando stercus p.* 258. *Verrius Flaccus* in *Fast. Praenest.* zum 2. 3. 10. Januar und 24. April. *Inscr. lat. vet.* I. *p.* 312. 315. cf. *Varro de LL.* VI. 4. *M.* §§ 29—32. Sie stehen regelmäßig an zweiter Stelle neben dem Nundinalbuchstaben, nur der Name eines alten Festtages geht ihnen vor.

23) *Liv.* I. 19. *fin.* Idem (*sc. Numa*) nefastos dies fastosque fecit, quia aliquando nihil cum populo agi utile futurum esset. *Cic. pro Sextio* 15. ut omnibus fastis diebus legem ferre liceret. *de prov. cons.* 9. non omnibus fastis diebus legem ferre licere.

24) *Serv. ad Virg. Aen.* VI.

von den römischen Archäologen dahin angegeben, daß am dies fastus dem Prätor gestattet ist, die Legis Actio durch die drei sollennen Worte do, dico, addico zu vollziehen, was er auch am dies comitialis, insofern die Volksversammlung, für welche dieser vorzugsweise bestimmt ist, es nicht hindert, thun darf; dahingegen am dies nefastus keins von Beiden, weder Legis Actio vor Gericht, noch Verhandlung mit dem Volke erlaubt ist. Der Magistrat, der dagegen handelt, versündigt sich und bedarf religiöser Sühne. Ungültigkeit der Handlung ist nicht die Folge[25]).

Entscheidend für die ganze Auffassung ist nun, von welchem Gliede des Gegensatzes man ausgeht. Einige neuere Schriftsteller nehmen an, die Rechtsprechung (iurisdictio perpetua) habe, abgesehen von andern Hindernissen, z. B. Festen, Spielen u. s. w., an jedem beliebigen Tage stattgefunden, die dies nefasti aber seien um eines gemeinsamen positiven Grundes willen davon ausgenommen worden. Allein eben für einen solchen durchgreifenden Grund vermögen sie keinen überzeugenden Beweis zu führen[26]). Und vor Allem bleibt die Schwierigkeit, von der wir ausgingen, wann denn der Kläger seinen Gegner vor Gericht ziehen sollte[27]), wenn es im Belieben des Prätors stand, ob er zu Hause bleiben oder auf dem Tribunal erscheinen wollte. Die Natur der Sache wie die oben gegebne geschichtliche Entwicklung führt also nothwendig zu der Annahme,

37. nonnunquam diei vel prima vel media, vel postrema parte: unde est in iure fissus dies, id est non totus religiosus.

25) *Varro de LL.* VI. 4. §§ 29—32. 53. *Macrob. Sat.* I. 16, 14. *Ovid. Fast.* I. 47. sqq. *Verrius Flaccus* in *Kal. Praenest.* 23. Jan. *Festus* v. *Fastis M. p.* 93. v. *Nefasti p.* 365. v. *Religiosus M. p.* 278. *Gai.* IV. § 29.

26) Hartmann a. a. O. S. 37 folg. findet für die vier Hauptgruppen der dies nefasti den religiösen Grund in „der Idee der Reinigung und Entsündigung", Rudorff, Rechtsg. II. § 15 Note 4 S. 57 darin, daß es vorzugsweise Frühlings- und Sommertage waren und der italische Bauernkalender die Regen- und Gewittertage voraus wußte.

27) Auch in späterer Zeit war die in ius vocatio am dies feriatus unwirksam. *L. 2. § 1. D. si quis in ius vocat. non ierit* (2, 5).

daß die dies fasti im engeren Sinne feste Gerichtstage waren[28]), an welchen man den Prätor an der Gerichtsstätte zu finden gewiß sein konnte, und zu deren Ergänzung nur die Comitialtage, im Wegfall einer Volksversammlung, dienten. Daß aber die römischen Schriftsteller nur von Erlaubniß und Verbot, nicht von Verpflichtung des Prätors reden, erklärt sich daraus, daß sie die dem römischen Kalender eigenthümliche religiöse Weihe im Auge hatten und voraussetzen durften, daß der Prätor thue, was die Gerichtsordnung mit sich brachte. Der Mangel eines positiven Grundes aber für die Ansetzung dieser festen Gerichtstage ist bei der willkührlichen Behandlung, die der römische Kalender während Jahrhunderten erfahren und die nur noch gewagte Schlüsse auf ein in der Urzeit waltendes Gesetz zuläßt, sehr begreiflich und spricht eher für die Annahme, daß diese Tage im practischen Interesse des Rechtsuchenden mehr oder weniger willkührlich festgesetzt wurden, als für die entgegengesetzte Ansicht.

Diese Ansicht, die vom dies nefastus ausgeht, scheint aber auch den religiösen Grund der Sache unrichtig aufzufassen. Die gesammte Zeittheilung, als durch göttliche Naturmächte bedingt, hat nach römischer Volksansicht religiöse Weihe; daher der Name fasti und das mit ihrer Beobachtung verknüpfte fas und nefas. Auch die dies fasti sind also, wenngleich menschliche (hominum causa constituti), doch nicht unheilige, nehmlich der Rechtsprechung und der Verhandlung mit dem Volk geweihte Tage[29]), bei deren Ansetzung natürlich die den Göttern

28) In dieser Annahme stimmen Niebuhr, Huschke, Puchta, Keller, Mommsen u. A. überein, gewiß ebensowohl durch die Natur der Sache als durch geschichtliche Gründe bestimmt. Vgl. dagegen Hartmann a. a. O. und S. 72 folg.

29) Also von den durch die Pontifices verkündeten Göttersprüchen, auf denen der Kalender (fasti) beruhte, und von dem dadurch bedingten fas und nefas, nicht mit Varro von den Rechtssprüchen des Prätors ist der Name abzuleiten. Nur deshalb wurde auch ihre Einführung auf Numa zurückgeführt. Charakteristisch für den Realismus der Römer ist es aber, daß die Menschentage fasti heißen, nicht die Göttertage; auch daß das Jahr mit einem Gerichtstag beginnt. *Ovid. Fast.* I. 165. sqq. *Kal. Maff.*

gewidmeten (diis dicati) Fest- und Feiertage (dies festi, feriae)[30]) vermieden wurden[31]). Doch war an dem festfreien Theile des Tages die Legis Actio gestattet[32]). Weitere religiöse Einschränkungen derselben, insbesondere durch die öffentlichen Spiele (ludi), glaube ich nach dem bestimmten Zeugniß der Kalendarien nicht annehmen zu dürfen[33]), mit alleiniger

30) *Varro de LL.* VI. 3. §§ 12—26. *Macrob. Sat.* I. 16, 2. sqq.

31) *Cic. de leg.* II. 8. Feriis iurgia amovento. 12. Feriarum festorumque dierum ratio in liberis requietem habet litium et iurgiorum, in servis operum et laborum. Diesen innern Zusammenhang der feriae und dies nefasti bezeugt auch der Streit über die Natur der nundinae. *Macrob. Sat.* I. 16, 28. sqq. In den Kalendarien sind von den alten Festen, die dem Tag den mit großen Buchstaben verzeichneten Namen geben, ausnahmsweise nur die Feralia 21. Febr. im *Kal. Maff.* und die Vinalia 23. April im *Praenest.* und 19. August im *Antiat.* mit F gezeichnet; die beiden letzten in andern anders. Erstere, das Todtenfest, wohl als Trauertag, wie in der römischen Kirche am Charfreitag die Arbeit nicht ruht. — Daß und warum die Unglückstage (dies religiosi, atri, vitiosi) in der Rechtspflege nicht gemieden wurden, bemerkt Rudorff, Rechtsg. II. S. 61 fg.

32) Servius in Note 24 unterscheidet 3 Classen der getheilten Tage (dies fissi), je nachdem sie in ihrer ersten Hälfte, in der Mitte oder in der zweiten fasti, also nicht ganz (religiosi =) nefasti sind. Die zweite Classe bilden unbestritten die mit EN. bezeichneten dies intercisi. *Varro de LL.* VI. 4. § 31. *Macrob. Sat.* I. 16, 2. 3. *Kal. Praen.* zum 10. Januar. Ebenso gewiß ist, daß die mit Q. R. C. F. und Q. S. D. F. gezeichneten Tage, der 24. März, 24. Mai und 15. Juni, nach Verrichtung der heiligen Handlung fasti sind, also zur dritten Classe gehören. Vgl. die Zeugnisse bei *Mommsen Inscr. p.* 367. 3) und 4). Bestritten ist die Bedeutung der Sigle F. P., die Kal. Maff. und Amit. dem 19. August, und der andern N͡P, bei *Festus* v. *Nefasti*, NEP., welche die Kalendarien allen alten Festtagen, mit Ausnahme der Note 31 genannten drei, und allen Idus beifügen. Nach Ciacconius, Ursinus, Manutius und den meisten Neuern ist jene, als Bezeichnung der ersten Classe getheilter Tage, durch fastus prior oder principio, diese durch nefastus prior oder principio aufzulösen und auf die dritte Classe zu beziehen. Vgl. *Ovid. Fast.* I. 49. sq. Neu toto perstare die sua iura putaris; Qui iam Fastus erit, mane Nefastus erat. Mommsen Chron. S. 233 Note 12, *Inscr. p.* 367 2) und 6) erklärt es für undenkbar, daß an allen alten Festtagen nach beendigter gottesdienstlicher Feier am Nachmittage vom Prätor Recht gesprochen worden und hält beide Siglen für das Zeichen fröhlicher Festtage (feriae hilares), während das einfache N. die traurig religiösen Tage (feriae tristes) bezeichne. Leider sind die Stellen des Festus v. *Nefasti M. p.* 165 und v. *Regifugium M. p.* 278 so lückenhaft, daß die von der einen und andern Seite versuchte Restitution nichts beweist, als das Geschick ihrer Erfinder.

33) Denn welchen Sinn hätte

Ausnahme natürlich der von den Magistraten außerordentlich angesetzten Feiertage (feriae conceptivae und imperativae), die, wenn sie auf dies fasti fielen, gerichtliche Verhandlungen ausschlossen[34]).

Die Zahl dieser feststehenden Gerichtstage in der Zeit der Legis Actiones kennen wir nicht. Die in den Kalendarien der augusteischen Zeit verzeichneten[35]) können, selbst wenn die Mitbenutzung der Comitialtage in Anschlag gebracht wird, zu Anfang des sechsten Jahrhunderts, wo Rom bereits den Mittelpunkt von Italien bildete und Provinzen besaß, unmöglich genügt haben. Dieß und der auffallende Umstand, daß die Comitialtage in jenen Kalendarien in so unverhältnißmäßig großer Zahl erscheinen[36]), läßt mich glauben, daß die Gerichtstage früher zahlreicher waren und in der Revolutionszeit, wo das politische Interesse alle andern verschlang, zu Gunsten der letztern vermindert wurden.

Uebrigens ist festzuhalten, daß nur die feierliche Legis Actio, die freiwillige wie die streitige[37]), unter dem Banne

es sonst, daß dies ludorum als fasti, comitiales u. s. w. gezeichnet sind? S. jedoch Hartmann a. a. O. S. 125, Rudorff a. a. O. S. 62. Wie man sich factisch einrichtete, ist eine andere Frage. *Plaut. Casina Prol.* v. 23. sq. scheint nur die in ius vocatio während der Spiele auszuschließen, s. § 32 Note 13, während freilich die Polizeidiener „an diesen Festtagen nichts weniger als Feiertage hatten", Mommsen, röm. Gesch. I. S. 885. Ueber den Einfluß der Spiele in späterer Zeit auf den actus rerum s. unten § 80.

34) *Gell.* X. 24, 3. verba sollemnia Praetoris, — quibus more maiorum ferias concipere solet —: — quando concepta fuerint, nefas. Für die Ausschließung der Comitien *Varro de LL.* VI. 4. § 29., der Rechtspflege *Cic. de divin.* I. 45.

35) *Mommsen Inscript. p.* 372. sq. berechnet sie, ohne die 10 von J. Cäsar neu hinzugefügten, auf 45.

36) *Mommsen l. c.* berechnet sie für das Numasche Jahr zu 194. Sollte aber schon damals das Bedürfniß zu so häufiger Versammlung der Bürgerschaft gefühlt worden sein? Vgl. Livius in Note 23.

37) *Trebatius lib.* I. *Religionum* bei *Macrob. Sat.* I. 16, 28. — manumittere iudiciaque addicere. *Varro de LL.* VI. 4. § 30. ac quem manumisit. Nach Mommsen Chron. S. 248 Note 42 und Rudorff a.a.O. S. 59 soll die freiwillige Legis Actio an heitern Festtagen unbeschränkt stattgefunden haben. Allein weder die lückenhafte Stelle *Festus* v. *Nep. M. p.* 165, noch das Zeugniß *Paul.* II. 25. § 3. von dem dies feriatus des dritten Jahrhunderts n. Chr. sind dafür beweisend.

dieses fas und nefas stand, die freie Verwaltung des magistratischen Imperiums[38]) wie die Thätigkeit der Judices[39]) und der Partheien[40]) nur den allgemeinen religiösen und factischen Zeitbeschränkungen unterlag[41]).

Die Zeitbestimmungen für **einzelne Prozeßhandlungen** waren nach der Natur des persönlichen und mündlichen Verfahrens mehr Termine (dies) als Fristen (tempora)[42]). Jene mußten, insofern von einer Legis Actio die Rede ist, Gerichtstage (dies fasti) sein. So bei der altherkömmlichen Satzung des dritten (dies perendinus)[43]) und des dreißigsten Tages (dies trigesimus)[44]), worunter wohl der entsprechende Gerichtstag des folgenden Monats verstanden wurde[45]).

Die **Gerichtsstunde** betreffend, so wurde nach Vorschrift der Zwölf Tafeln die Verhandlung am Vormittag, und seitdem man Stunden zählte, wohl nicht vor der dritten begonnen[46]), am Mittag, den der Accensus des Consuls ausrief, wenn er die Sonne von der Curie aus zwischen den Rostren

38) Daher auch die Interdicte, deren polizeiliche Natur keinen Aufschub zuließ, s. § 54, und die Gastgerichte (iudicia recuperatoria) des Praetor peregrinus. S. §§ 21 und 25.

39) S. unten § 80.

40) Z. B. pignoris capio, weil ohne Mitwirkung des Magistrats. *Gai.* IV. § 29.

41) Hier greifen die Fest- und Feiertage als solche ein, deren geheiligte Ruhe nicht bloß der Magistrat durch Zwangshandlungen seines Imperiums (*Macrob. Sat.* I. 15. § 21. feriis — vim iniquam fieri piaculare est), wozu auch die unter dem Schutz seines Imperiums stehende in ius vocatio gehört (*Plaut.* Note 33), sondern auch der einzelne Bürger nicht ohne Versündigung, Sühne und Brüchte (multa) verletzt. *Macrob. Sat.* I. 16, 9. sqq.

42) Tempora sind z. B. das tempus iudicati von 30 Tagen und die doppelte Frist für den gefesselten Schuldner, beide aus den Zwölf Tafeln.

43) Z. B. für Vertagung der Legis Actio durch Vadimonium. S. § 34 Note 2. Für den ersten Termin in iudicio konnte der dies perendinus auch ein nefastus sein. S. § 49 Note 6.

44) Z. B. für die addictio des Judex nach der Lex Pinaria und der Lex Silia und Calpurnia. Gai. IV. §§ 15. 18.

45) Mommsen Chron. S. 252.

46) Der Prätor befahl seinem Accensus die dritte Stunde, offenbar als Gerichtsstunde, von der es später hieß: exercet raucos tertia causidicos (*Martial.* IV. 8, 2), auszurufen, wenn sie ihm gekommen schien. *Varro de LL.* VI. 9. § 89. Eine unvollkommene Sonnenuhr wurde erst während des ersten punischen Krieges an den Rostren aufgestellt. *Plin. H. N.* 7, 60.

und der Graecostasis erblickt hatte[47]), der Säumige contumacirt und mit Sonnenuntergang der Gerichtstag geschlossen[48]). Daß der Praetor urbanus bis zu dieser letzten Stunde den Rechtsuchenden zugänglich bleibe, machte die Lex Plaetoria ihm zur Pflicht[49]).

II. Prozeß.

Allgemeines.

§ 29. Die Legis Actiones, welche den Prozeß dieser Zeit charakterisiren, werden von den römischen Juristen in fünf Arten getheilt: sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem[1]), je nach einem eigenthümlichen Stück des Verfahrens, das mehr oder weniger seinen Mittelpunkt bildet, aber auch sonst wohl vorkommt[2]). Auf ihr Wesen zurückgeführt ist

47) *Plin. cit.*

48) *Lex XII tab.* I. 7. In comitio (*Consul*) aut in foro (*iudex*) ante meridiem causam conscito. — Post meridiem praesenti stlitem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto. *Gell.* XVII. 2, 10. *Auct. ad Herenn.* II. 13. *Festus* v. *Suppremum. Censorin.* in Note 49.

49) *Censorin. de die nat.* 24. Plurimi suppremam post occasum solis esse existimant, quia est in XII tabulis scriptum sic: Sol occasus suprema tempestas esto. Sed postea M. Plaetorius Tribunus plebis scitum tulit, in quo scriptum est: Praetor urbanus — usque ad suppremam (*sc. completam*) ius inter civis dicito. Die hora suprema verkündete der Accensus, wenn er die Sonne von der Marnischen Säule sich nach dem Mamertinischen Kerker neigen sah. *Plin. cit. Varro de LL.* VI. 2. § 5. Vgl. Rudorff a. a. O. I. § 43 Note 11, II. § 15 Note 54.

1) *Gai.* IV. § 12. Lege — agebatur modis quinque: sacramento *rel.*

2) So z. B. ein Sacramentum im Repetundenprozeß, § 21 Note 22, eine iudicis arbitrive postulatio in der Executionsinstanz, § 52 Note 11, ein condictus dies im Frem-

die erste Verfahrungsart (sacramento) der strenge Ordinarprozeß der ältesten Zeit (§§ 37. 41. 43. 47); die zweite (per iudicis postulationem) ein daneben bestehendes freieres Ausnahmeverfahren (§§ 29. 46. 48); die dritte (per condictionem) die strenge Schuldklage neuerer Formation (§ 44); die vierte (per manus iniectionem) die ordentliche Schuldexecution (§ 53) und ein ihr nachgebildeter Executivprozeß (§ 45); die fünfte (per pignoris capionem) eine Privatpfändung, also eine Art der Selbsthülfe (§ 30). Auch ist der Rechtsschutz durch die Gerichtsobrigkeit keineswegs auf diese fünf Formen beschränkt (§ 54). Daß diese Eintheilung, wie viel Licht ihre Kunde auch über das älteste Prozeßrecht verbreitet hat[3]), sich nicht zur Grundlage seiner Darstellung nach innern Motiven eignet, ist also wohl klar[4]).

§ 30. Soll im Allgemeinen der **Umfang des Civilprozesses** nach den Begriffen dieser Zeit bestimmt werden, so ist vor Allem die **Selbsthülfe** auszuscheiden.

Daß in der Urzeit der Volksstämme, aus denen das römische hervorgegangen, gewaltsame Selbsthülfe zum Behuf der Privatrache und der Rechtsverfolgung in weiterem Umfang stattgefunden, würden wir nach aller Analogie annehmen müssen, auch wenn sich nicht im ältesten römischen Recht selbst noch Spuren davon fänden[1]). Aber nicht diese Ueberbleibsel vorhistorischer Barbarei, sondern die Ausdehnung und das klare Bewußtsein, in welchem die Idee des Rechts herrscht und die hö-

denprozeß, § 25 Note 10, ein manum iniicere bei der in ius vocatio, § 32 Note 6, eine pignoris capio durch den Magistrat, § 30 Note 27, ohne daß diese Fälle zu jenen fünf Legis Actiones gehörten. Anders freilich die Neuern.

3) Gern erinnere ich mich des Moments, da Göschen 1817 in Verona mit dieser Entdeckung zu mir in's Zimmer trat, die sich ihm aus den am Morgen mühsam entzifferten Zeichen und Buchstaben ergeben hatte.

4) Definition und Eintheilung sind die dürftigen logischen Formen, an welche die römische Jurisprudenz ihre Darstellung zu knüpfen liebte, auch nachdem sie sich, in ihrer Blüthezeit, im bewußten Besitz des realen Systems befand.

1) S. § 47. Freilich hat man sie auch da gesucht, wo sie nicht zu finden sind. S. § 40.

here Culturstufe des Volks offenbart[2]), sind das Interessante und weltgeschichtlich Bedeutende[3]).

Als eigentliche Privatrache kann nur das noch in der folgenden Periode anerkannte Recht des Ehemanns und des Vaters, die verletzte Hausehre durch Tödtung des Ehebrechers zu strafen, betrachtet werden[4]). Angriffsweise Verfolgung eines bestrittenen Privatrechts ist, als widersinnig, schon dem ältesten römischen Recht durchaus fremd. Selbst die legale Privatpfändung (pignoris capio) wurde nicht bei gewöhnlichen, selbst klaren Schuldforderungen zugelassen, sondern nur bei solchen, denen ein Staats- oder Cultus-Interesse sich beimischte, dessen Geltendmachung man ausnahmsweise dem mitbetheiligten Bürger überließ. Die dabei gebrauchten feierlichen Worte (certa verba) charakterisirten sie als förmliche Rechtsverfolgung, Legis Actio im weitern Sinn, während einige Juristen nach einer engern, unserer Aufgabe entsprechenden Begriffsbestimmung ihr diesen Namen absprachen, weil sie nicht contradictorisch vor Gericht (in iure), sondern absente adversario und außergerichtlich, also auch am dies nefastus vollzogen werden konnte. Auch die Auslösung des Pfandes geschah zwar nach gesetzlichen Regeln, aber nicht unter richterlicher Autorität[5]).

Die Vertheidigung der eigenen Person und des Besitzes

2) Vgl. Mommsen, röm. Gesch. I. S. 149. — Ovid (fast. III. 277. sqq.) führt diesen Rechts- und Gottesfrieden auf Numa zurück, in den schönen Versen: Principio nimium promptos ad bella Quirites Molliri placuit iure Deumque metu: Inde datae leges, ne firmior omnia posset, Coeptaque sunt pure tradita sacra coli: Exuitur feritas, armisque potentius aequum est, Et cum cive pudet conseruisse manus.

3) Weder die Voraussetzung, daß auch die Selbsthülfe als ordentliches Mittel der Rechtsverfolgung sich vor der Vernunft rechtfertigen lasse, noch das Wohlgefallen kann ich theilen, welche Ihering's (Geist des röm. Rechts I. S. 103 folg.) geistreicher Darstellung jenes Urzustandes zum Grunde liegen.

4) Cato bei *Gell.* X. 23, 4. 5. Vgl. unten § 81.

5) *Gai.* IV. §§ 26—29. 32. Vgl. Keller, Civilpr. § 20. Rudorff, Rechtsg. II. § 25. — Nicht Selbsthülfe ist die gewaltsame in ius vocatio und manus iniectio, weil mit der Absicht, den Gegner vor Gericht zu ziehen, und eventuell unter dem Schutz des obrigkeitlichen Imperiums vollzogen.

von Haus, Hof und Land, auch einer beweglichen Sache gegen gewaltsamen (vi) oder heimlichen (clam) Angriff war natürlich gestattet[6]) und die Verletzung des Gegners, wenn sie sich in den Grenzen der Nothwehr hielt, straflos. Als solche bezeichnen die Zwölf Tafeln selbst die Tödtung des Diebes, der bei Nacht ertappt wird oder bei Tage gegen die Ergreifung auf frischer That sich mit einer Angriffswaffe (telum) zur Wehr setzt[7]).

Eben so scharf zogen die Römer von Anfang an die Grenze des Civilprozesses nach der Seite der häuslichen, der religiösen und der Staatsgewalt.

Das **Haus** (domus, familia) ist ein gegen den Staat, also auch gegen die Gerichtsobrigkeit insofern abgeschlossener Kreis, als innerhalb desselben der Hausvater (pater familias) und Hausherr (dominus)[8]) alleiniger und unumschränkter, d. h. durch kein Gesetz gebundener Richter ist. Die Folge ist, daß alle dem Hause angehörige Menschen, Freie (liberi) und Knechte (servi), zwar die natürliche Persönlichkeit nicht entbehren[9]), aber der hausväterlichen Gewalt über Leben und Tod (vitae necisque potestas) unterworfen sind[10]) und ein Sondergut (peculium) nur durch widerrufliche Gunst besitzen[11]). Nach

6) Nach dem noch in der folgenden Periode anerkannten Grundsatz: vim vi repellere licet, s. § 81, und dem der possessorischen Interdicte. S. § 54.

7) *Macrob. Sat.* I. 4, 19. *Gell.* XI 18. *Coll.* VII. 3. *Cic. pro Tullio* 47, *pro Mil.* 3. *L. 4. § 1. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). *L. 54. § 2. D. de furtis* (47, 2). *L. 233. § 2. D. de verb. sign.* (50, 16).

8) Vgl. unten § 41 Not. 1 u 2.

9) In der Anerkennung und Durchführung dieses Begriffs, ohne den Vieles im ausgebildeten römischen Recht unverstanden bleibt, zeigt sich dessen tiefer Sinn für Persönlichkeit, während die neuern Civilisten sich häufig an dem abstracten Satz, der Sclave sei eine Sache im Eigenthum und der Sohn nicht viel anders behandelt worden, genügen lassen. Damit hängt es zusammen, daß die Römer von einer persona servi sprechen. Savigny System § 65 Note e. Etwas Anderes ist freilich der factische Zustand des Sclaven, der in der ältesten patriarchalischen Zeit dem des Sohnes ähnlich war, seit dem sechsten Jahrhundert aber dem des Plantagen-Negers nichts nachgab.

10) *Gell.* (V.) 19. *Coll.* IV 8. *L. 11. D. de lib. et post.* (28, 2). Rudorff, Rechtsg. II. § 99.

11) *Gai.* II. §§ 86. sqq. III. §§ 163. sqq. *Ulp.* IX. 18. sqq.

Außen freilich ist der Haussohn (filius familias) als Bürger (civis) vor dem Volke[12]) und vor Gericht vollberechtigt[13]), der Knecht (servus) auch dem Staate gegenüber absolut rechtlos[14]). Aber klagen kann Jener doch nicht, weil er rechtlich nichts Eignes hat[15]). Der Hausvater dagegen vertritt sämmtliche Glieder des Hauses vor Gericht. Denn durch das ihnen persönlich zugefügte Unrecht wird er mittelbar verletzt (sg. iniuria mediata)[16]); für ihre Schulden haftet er wenigstens nach Maaßgabe ihres precären Sondergutes (de peculio)[17]) und wegen eines von ihnen begangenen Delicts muß er büßen oder den Schuldigen ausliefern (noxae dare)[18]).

Wie eng die Religion bei den Römern seit ältester Zeit mit dem gesammten öffentlichen und Privatrecht verflochten war, so ist doch merkwürdiger Weise ihren Vertretern, insbesondere den Pontifices, nie eine eigentliche Richtergewalt in Straf- oder Civilsachen eingeräumt worden[19]). Das Collegium Pontificum ertheilte auf Anfragen in Staats- und Privatsachen, bei denen es auf geistliches Recht ankam, Gutachten; welche Folge aber

Das Peculium als altrömische Institution kommt bei Plautus öfter vor. Da es auf Gunst beruht, so ist ein Eigenthums- oder Schuldprozeß zwischen Vater und Sohn nicht möglich. Ebensowenig eine Delictsklage. *Gai.* IV. § 78. *L. 4. L. 11. D. de iudiciis* (5, 1).

12) *L. 9. D. de his qui sui* (1, 6). *L. 77. L. 78. D. de iudic.* (5, 1). *L. 13. § 5. L. 14. D. ad Sc. Treb.* (36, 1). Vgl. den hübschen Zug bei *Gell.* II. 2, 13.

13) *L. 57. D. de iud.* (5, 1). *L. 39. D. de obl. et act.* (44, 7). *L. 34. L. 35. D. de nox. act.* (9, 4).

14) *L. 107. D. de reg. iur.* (50, 17). Cum servo nulla actio est. Diese Rechtlosigkeit ist nicht Folge der potestas, sondern des an dem Sclaven vollzogenen Kriegsrechts. Vgl. Savigny a. a. O.

15) *Gai.* II. § 96. *L. 13. § 2. D. quod vi aut clam* (43, 24).

16) *Gai.* III. §§ 221. sq.

17) Die actio de peculio und die verwandten sind zwar erst durch das prätorische Edict eingeführt. *Gai.* IV. §§ 69. sqq. Allein irgendwie muß die mit dem Wesen des Peculiums verknüpfte Verpflichtung desselben schon früher realisirt worden sein.

18) *Gai.* IV. §§ 75. sqq. — Die eigenthümlichen Grundsätze bei Personen in manu und mancipio (*Gai.* IV. §§ 80. sqq.) übergehen wir hier.

19) Puchta, Instit. § 41 (I. S. 142) vindicirt den Pontifices in ältester Zeit Richtergewalt. Becker-Marquardt, röm. Alterth. IV. S. 216 folg. 234 folg. führt ihren Einfluß auf das rechte Maaß zurück, womit zugleich die zahlreichen, von neuern Schriftstellern für den Civilprozeß daraus gezogenen Folgerungen fallen.

diesen zu geben sei, blieb den competenten Staatsgewalten, also in Civilsachen der Gerichtsobrigkeit, Consul, Prätor u. s. w. überlassen. Nur die Disciplin über die Priestercollegien übte der Pontifex maximus und die Beobachtung der Religionsvorschriften, insbesondere der Feiertage von Seiten der Bürger, schützten die Pontifices durch Brüchten[20]).

Dem Staate gegenüber kommt das Verhältniß des Civilprozesses zum Criminalprozeß und zur Verwaltung in Betracht.

Den Gegensatz des Verbrechens und des Civilunrechts haben die Römer schon früh auf das Bestimmteste aufgefaßt und in durchaus verschiedener Behandlung des einen und andern Falls durchgeführt[21]). Das Verbrechen gegen den Staat wird von Seiten des Staats durch die dazu ermächtigten Beamten an die Volksgemeinde gebracht (iudicium publicum) und durch Erduldung einer im Gesetz bestimmten öffentlichen Strafe (poena publica, capitalis oder pecuniaria), der sich der Schadensersatz (litis aestimatio) anschließt[22]), gesichert; das streitige Privatrecht dagegen durch Klage des Berechtigten (actio) vor der Gerichtsobrigkeit geltend gemacht und von dieser oder von Geschwornen (iudicium privatum) im Urtheil anerkannt und von Ersterer geschützt.

Die Fälle des gemischten Unrechts, da in der Person des einzelnen Bürgers zugleich der Staat oder seine Rechtsordnung verletzt ist, sind zwischen beiden Sphären, der öffentlichen und privaten, getheilt. Mord, Brandstiftung, Bestechung des Richters, falsches Zeugniß u. A. sind als öffentliche Verbrechen

20) *Dionys.* II. 73. Beides als Einrichtung des Numa, mit Ausschluß der Berufung an den Senat oder das Volk. Später wurde letztere zugelassen. *Liv.* 37, 51. 40, 42. Näheres bei Geib, röm. Criminalprozeß S. 73 folg. Rudorff, Rechtsg. II. § 99. S. 327 folg. Für die Multa wegen Verletzung des Feiertags durch Bürger *Macrob. Sat.* I. 16, 9. Die Verletzung des dies nefastus durch den Prätor verlangte nur ein Sühnopfer. *Varro de LL.* VI. 4. § 30. c. 7. § 53.

21) Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 98 folg. Walter, Rechtsg. §§ 788 folg.

22) Z. B. bei Unterschlagung von Staatsgeldern, peculatus.

(delicta publica) mit Capitalstrafe belegt und wenigstens in Folge der Provocation vom Volke zu richten. Andere, insbesondere iniuriae und furtum, werden als Privatdelicte (delicta privata) von dem Verletzten durch eine Privatklage (actio poenalis) verfolgt, die zu persönlicher, nur durch die Gerichtsobrigkeit vermittelter Rache (Talion, Geißelung und Adjudication u. s. w.) oder zur Sühne in Geld (poena) führt[23]).

Dagegen wird die civil- und criminalrechtliche Verfolgung verbunden in der auch sonst anomalen, völkerrechtlichen Klage verbündeter oder der römischen Hoheit unterworfener Völker und Einzelner wegen Bedrückung und Beraubung durch römische Beamte (repetundae). Angebracht wird sie bei dem Senat, dem überhaupt das Auswärtige zukommt, und dieser bringt die Sache entweder an's Volk (iudicium publicum) oder nach Art eines iudicium privatum vor Recuperatoren aus seiner Mitte. Auch nachdem in der folgenden Periode eine ständige Senats-Commission dafür niedergesetzt war, wurde mit Sacramentum, also insofern civilrechtlich verfahren. Das Ziel mußte allemal Beides, Strafe und Schadensersatz sein[24]).

Daß auch in andern Fällen ein solcher „Adhäsionsprozeß" stattgefunden, ist nicht erweislich[25]). Keines Falls ist zuzugestehen, daß der ordentliche Civilprozeß dieser ältesten Zeit, vermöge des Sacramentums, diesen gemischten Charakter gehabt habe[26]).

In der Verwaltung[27]) sind zwar die Magistrate und

23) S. unten § 47.

24) Rudorff, Rechtsg. I. § 31, II. § 120.

25) Iudicium publicum de re privata kommt Einmal bei *Cic. de nat. deor.* III. 30 vor und heißt vielleicht nur, daß nach der Lex Plaetoria jeder Bürger an Stelle des Minderjährigen die Anklage erheben konnte, wie die accusatio suspecti tutoris an Stelle des Pupillen u. A. Die lex Iulia municipalis II. lin. 38. stellt sie unter die iudicia privata. Und die sicher bezeugte Natur der actio legis Aquiliae wird durch die unklare Nachricht bei Cic. Brut. 34. nicht zweifelhaft gemacht. Vgl. jedoch Huschke, Gaius S. 104 fg. und Rudorff, Rechtsg. I. §§ 40 folg.

26) Rudorff, Rechtsg. I. § 43. Vgl. unten § 37.

27) Die Beweise sind hier wie sonst zum Theil aus der späteren Zeit zu entlehnen, die jedoch vermöge der Constanz der römischen Grundsätze auch für diese ältere

der Senat, also die Regierungsgewalten, den Gesetzen unterworfen; aber im Fall der Uebertretung des Gesetzes auf Klage eines Bürgers durch die Gerichte ihre Thätigkeit hemmen oder hinterdrein den Staat zum Schadensersatz verurtheilen zu lassen, ist ein den Römern durchaus fremder Gedanke. Der Magistrat zwar kann nach seinem Abgang vom Amte criminell verfolgt werden, aber der Staat selbst hat gegen den Einzelnen allemal Recht[28]).

Allen obrigkeitlichen Anordnungen und Befehlen wird daher unbedingt Folge verschafft durch das Recht der Magistrate, den Ungehorsam mit arbiträren Strafen zu belegen, von der geringsten, der Pfändung (pignoris capio)[29]) und der niedern oder höhern Ordnungsstrafe (multae dictio)[30]), die allen[31]), bis zu Gefängniß (vincula) und körperlicher Züchtigung (verbera)[32]), die nur den höheren Magistraten mit Imperium zu-

gelten; desgleichen von der Analogie anderer italischer Städte.

28) Daß es indeß ein absolutes Recht gebe, das selbst die höchste Staatsgewalt, das Volk, anzuerkennen habe, bezeugten die Römer in der sollennen Clausel ihrer Volksschlüsse: Si quid sacrosancti est, quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur. *Val. Prob.* § 3. N. 15. *Cic. pro Caec.* 33., *de domo* 40., *pro Corn. Balbo* 34.

29) Die pignoris capio erscheint regelmäßig als „voraufgehendes milderes Zwangsmittel", nicht, wie ich früher annahm, als Vollstreckung der multae dictio. S. die von Bruns, Zeitschr. für Rechtsgesch. III. S. 351 folg. dafür angeführten Stellen. Selbst daß der Erlös des Pfandes auf die darauf folgenden Multa angerechnet wurde, möchte ich bezweifeln.

30) Ueber die minima und suprema multa von 2 Schafen und 30 Rindern und die Beschränkung der höheren auf die Hälfte des Vermögens s. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 100 und 125.

31) Nach *Dionys.* X. p. 674 soll erst die Lex Aternia Tarpeja die multae dictio der Consuln allen andern Magistraten mitgetheilt haben. Wenn *L.* 2. *§ 8. D. de iur.* (5, 1). *L. 131. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16) sie nur den richterlichen Magistraten zuschreiben, so ist dieß für das ältere Recht auch nicht genau; denn die Censoren hatten sie, *Liv.* 43, 16. *Val. Max.* II 9, 1., und fast alle Magistratus minores, mit alleiniger Ausnahme der Quästoren. Vgl. J. Kool, ad legem Ateriam c. 4. in Otto Thes. V. p. 1532 sqq. und *Lex mun. Mal. c.* 66. Mommsen, Stadtrechte S. 457. Die Volkstribunen, weil nicht Magistratus, haben nicht multae dictio, sondern irrogatio, d. h. Beantragung einer Mult beim Volke, was die spätere Zeit verwechselt. S. Bruns a. a. O. S. 352 folg.

32) *Cic. de leg.* III. 3. Ma-

steht[33]). Hülfe ist dagegen nicht bei Gericht, sondern nur bei einer andern Staatsgewalt zu finden, nehmlich durch Intercession eines gleichen oder höhern Magistrats oder der Volkstribunen, und schließlich durch Provocation an die höchste Gewalt, das Volk selbst[34]).

Auch bei Schuldforderungen gegen Einzelne, die in der Verwaltung um so häufiger vorkamen, als der Staat nicht selbst administrirte, sondern alle ihm zustehenden Nutzungen und indirecten Abgaben (vectigalia) verpachtete[35]), öffentliche Arbeiten und Lieferungen (ultro tributa) in Accord gab[36]), war ein Rechtsstreit und richterliches Urtheil zwischen ihm und seinen Contrahenten ausgeschlossen[37]). Denn ihrem Grunde nach stand die Forderung allemal durch einen öffentlichen Act fest, der jede andere Rechtsform und jeden Beweis überflüssig machte[38]) und die Beurthei-

gistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinclis, verberibus coerceto *rel.* Letzteres, das die leges Porciae abgeschafft hatten, nimmt Cicero dennoch in seine ideale Gesetzgebung auf.

33) *L. 2. D. de in ius voc.* (2,4). *Ulp.* — Magistratus, qui imperium habent et qui coërcere aliquem possunt et iubere in carcerem duci. Cf. *L. 2. § 16. D. de or. iur.* (1, 2). *Tac. Ann.* XIII. 28. Nur die Volkstribunen hatten auch das Recht der Verhaftung (prensio). *Gell.* XIII. 12, 6. VI. 19, 5. u. sonst.

34) *Cic. cit.* ni par maiorve potestas populusve prohibessit, ad quos provocatio esto. Cum magistratus iudicassit irrogassitve, per populum multae poenae certatio esto.

35) Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 2 S. 216 folg. Vgl. S. 122 Note 625. Ueber das tributum daselbst S. 124. Ohne Zweifel wurde es vom Quästor in die tabulae publicae eingetragen und wie andere Geldschulden beigetrieben.

36) Becker a. a. O. II. 2 S. 263 folg. *Lex. Iul. mun. lin.* 73 sqq. ex lege locationis, quam Censor publiceis vectigalibus ultrove tibuteis fruendis tuendeisve dicit. *Liv.* 39, 44. (*Censores*) vectigalia summis pretiis, ultro tributa infimis locaverunt. *Lex mun. Mal. c.* 63. vectigalia ultroque tributa sive quid aliud communi nomine municipum eius municipi locari oportebit *rel.* Für Lieferungen s. *Liv.* 25, 3. sq. Die Straßenpflasterung gaben die Aedilen in Accord und wiesen die Unternehmer auf die Verpflichteten an. *Lex Iul. mun. lin.* 20. Die vorschriftsmäßige Unterhaltung von Privatbauten an der Straße erzwangen sie durch Strafbefehle. *L. un. § 1. D. de via publ.* (43, 10).

37) Auch der Publicanus verfuhr gegen den Abgabepflichtigen nicht im Rechtsweg, sondern durch eigenmächtige Pfändung. *Gai.* IV. §§ 28. 32.

38) Es ist eine publicistische Schuld im eigentlichen Sinne, während das Nexum nur durch seine Form ähnliche Publicität und Kraft erhält. S. unten § 45 Note 8.

lung, ob ihr Genüge geschehen, z. B. ob das Werk gut ausgeführt sei, behielt der Staat sich, resp. dem Beamten, zu dessen Verwaltung es gehörte, vor [39]). Es konnte also sofort mit der Execution gegen den Hauptschuldner[40]) oder gegen die Bürgen (praedes)[41]), die dieser allemal von vornherein bestellt hatte[42]), vorgegangen werden. Auch die Schuld rechnungspflichtiger Beamten wird von dem Quästor in die öffentlichen Rechnungen (tabulae publicae) eingetragen und executivisch beigetrieben[43]).

Dasselbe gilt von Strafgeldern, es mag nun eine durch iudicium publicum verhängte Criminalvermögensstrafe (poena pecuniaria)[44]) oder eine vom Magistrat ausgesprochene Ord-

39) Ueber dieses probare und in acceptum referre, auch cognoscere und iudicare s. *Cic. Verr.* I. 50. sqq. *Lex Puteol.* bei *Gruter* 207, 1. *L. 7. § 2. D. de lege Iul. rep.* (48, 12).

40) Ohne Zweifel Personal- und Vermögensexecution, missio in possessionem und bonorum venditio, die indeß als zum Imperium gehörig vom Prätor verfügt werden mußte. Oeffentliche Arbeiten wurden einem Zweiten verdungen und dieser an den Ersten angewiesen, bezüglich in bona immittirt. *Cic. cit.*

41) Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 93 S. 308. Zimmermann, Diss. de notione et historia cautionis praedibus praediisque. Berol. 1857., denen ich im Wesentlichen, namentlich darin beistimme, daß bei der venditio praedis nicht dessen Person, sondern die Forderung gegen ihn dem praediator verkauft wurde.

42) Auch bei Kauf vom Staat, *Lex agr. lin.* 70—74. *Corp. Inscr.* I. p. 64, Darlehen *Liv.* 22, 6. *Tac. Ann.* VI. 17. u. A.

43) Der Provinzialstatthalter muß bei seinem Abgang dem Aerar Rechnung legen (*Cic. ad fam.* V. 20., *Verr.* III. 76., *in Pison.* 25.); für das von ihm bekannte Geld (pecunia professa) wird er als Staatsschuldner eingetragen (inter debitores refertur) und exsequirt, wegen des unterschlagenen (pecunia residua) criminell (peculatus) belangt. *L. 9. § 6. D. ad leg. Iul. pec.* (48, 13).

44) Das Strafgesetz, ohne welches eine eigentliche poena nicht verhängt werden konnte, hatte die Formel: tanta poena esto. *Cato* bei *Gell.* VI. 3, 37. Vgl. hierfür und für die folgenden Fälle Bruns a. a. O. S. 344 folg., dem ich in der Hauptsache folge. Für die Einziehung der poena zum Aerar s. *Liv.* 38, 54—60. von der Lex Petillia de peculatu L. Scipionis. c. 58. — damnati praedes eodem die Quaestoribus dederunt; Scipio, — cum contenderet, omnem quam accepisset pecuniam in aerario esse, — in vincula duci est coeptus. c. 60. Ti. Gracchus ita decrevit: quominus ex bonis L. Scipionis quod iudicatum sit redigatur, se non intercedere Praetori: L. Scipionem — non passurum — in carcere et vinculis esse. — In bona deinde L. Scipionis possessum publice Quaestores Praetor misit. *Lex rep.* v. 57. *Corp. Inscr.* I. p. 61. quei ex hace lege condemnatus erit, Quaestori praedes facito

nungsstrafe (multa dicta) sein, gegen welche nicht provocirt oder die in Folge der Provocation für gerechtfertigt erklärt ist[45]). Der letzteren ähnlich ist die in der Strafclausel eines Gesetzes für den Fall seiner Uebertretung bestimmte Ordnungsstrafe (multa legis)[46]), deren Grund gleichfalls in einem iudicium publicum festgestellt wird[47]). Der ersteren, die von den Volkstribunen beantragte und von der Gemeinde ausgesprochene Multa (multa irrogata), die eigentlich eine durch Specialgesetz für den einzelnen Fall angeordnete Criminalstrafe ist und deshalb den gesetzlichen Beschränkungen der Ordnungs-

det — *Sei ita* praedes datei non erunt, bona eius facito publice possideantur *conquaerantur veneant*. *Cic. pro Rabir. Post.* 4. 13. nach der Lex Iulia repetundarum. *Sc. de aquaeduct.* bei *Frontin.* c. 127.

45) *L. 244. D. de verb. sign.* (50, 16). *Paul.* — multae provocatio est, nec ante debetur, quam aut non est provocatum aut provocator victus est. Für die Einziehung *Tac. Ann.* XIII. 28. neve multam ab iis dictam Quaestores aerarii in publicas tabulas ante quatuor menses referrent; medio tempore contradicere liceret. *Lex mun. Mal.* c. 66. Multas — dictas Duumvir qui iuri dicundo praeerit in tabulas communes municipum eius municipii referri iubeto. — Quaeque multae non erunt iniustae a decurionibus — iudicatae, eas multas Duumviri in publicum — redigunto.

46) *Cic. pro Caec.* 33. legis multa. Die Formel giebt *Cato* bei *Gell. cit.* so an: mille minus dimidium familiae multa esto. Als Ordnungsstrafe sollte auch sie die Existenz des Gestraften nicht vernichten (s. Note 27). Ohne die Beschränkung, die sich von selbst verstand, s. die Formel multa esto in der sg. *Lex de inferiis lin.* 5. sqq. *Corp. Inscr.* I. p. 263. n. 1409. *Sc. de aquaeduct.* bei *Frontin.* c. 97., in dem oskischen Gesetz von Bantia Huschke, osk. Sprachd. S. 65. 95 folg. Verschieden davon ist die gesetzliche Ermächtigung des Magistrats, eine arbiträre Ordnungsstrafe auszusprechen. *Lex Silia* bei *Festus* v. publica pondera — multare liceto. *Lex tab. Bant. lat. lin.* 11. sq. *Corp. Inscr.* I. p. 45. Sei quis Magistratus multam inrogare (?) volet, — *dum minoris* partus familias taxsat, liceto. Ebenso das oskische Gesetz a. a. O.

47) *Lex de inferiis cit.* ei multa esto [X] eiusque pecuni[*ae qui volet — petitio esto . . . eamque pecuniam vel*] populi iudicio *petere rel. Cic. pro Cluentio* 33. Condemnatus est C. Iunius, qui ei quaestioni praefuerat —. ad quaestionem ipse abreptus est — Videtis, — in tempore — spem omnem accusatoris fuisse. Multam petivit. Qua lege? quod in legem non iurasset. c. 37. uno iudicio multa est ab eo (*sc. Oppianico*) petita, sicut a Iunio, quod non suae decuriae munere, neque ex lege sedisset. paulo sedatiore tempore est accusatus quam Iunius, sed eodem fere lege et crimine. *in Verr.* II.

strafen nicht unterliegt[48]). Alle diese Strafgelder werden zum Aerar executivisch eingezogen oder dem Opferschatz zugesprochen[49]). Ebenso die im Civilprozeß verfallenen Succumbenzgelder (sacramenta)[50]). Eine Civilklage findet für deren Einziehung überall nicht statt[51]).

Ein Bürger endlich, der seine allgemeine persönliche Verpflichtung gegen den Staat unerfüllt läßt, d. h. sich bei dem Census nicht meldet oder dem Kriegsdienst entzieht, wird ohne Weiteres sammt seinem Vermögen als Sclave verkauft[52]).

60. Atque etiam iudicium in praetura publicum exercuit. — petita multa est apud istum Praetorem a Q. Opimio, qui adductus est in iudicium, — quod, cum esset Tribunus plebis, intercessisset contra legem Corneliam. Ueber die Einziehung der multa *ibid.*: Tum vero in bonis Q. Opimii vendendis, quas iste praedas, quam aperte, quam improbe fecerit, longum est dicere.

48) Der Fall des L. Scipio nach *Gell.* VI. 19. 5. Decreti verba: — cum Tribunus plebis — multam irrogaverit praedesque eum ob eam rem dare cogat, aut si non det in vincula duci iubeat *rel.* Die missio in bona und bonorum venditio konnte nicht der Volkstribun, sondern nur der Quästor vom Prätor nachsuchen. Wie es dazu kam, ist nach dieser Darstellung nicht klar. Doch verlor L. Scipio sein ganzes Vermögen. Auch der Fall bei *Liv.* 25, 3. sq. war eine solche multae irrogatio, obgleich von multam dicere und multae certatio die Rede ist. Daß die Mult in diesem Fall wesentlich poena ist, mag zur Vermischung beider Begriffe beigetragen haben. S. Labeo in *L. 244. D. de verb. sign.* (50, 16).

49) *Lex Silia* in Note 42. multare liceto sive quis in sacrum iudicare voluerit, liceto. *Lex de inferiis* in Note 47. populi iudicio petere vel in sacrum iudicare. Daher *Cic. de re publ.* II. 35. (*lex Aternia Tarpeia*) de multae sacramento.

50) *Lex Papiria* (a. 465?) bei *Festus* v. sacramentum. — „Tresviri capitales — sacramenta exigunto iudicantoque, eodemque iure sunto, uti ex legibus plebisque scitis exigere iudicareque esseque [*Quaestores*] oportet." Restituirt von Niebuhr, röm. Gesch. III. S. 340. Vgl. Becker, röm Alterth. II. 2 S. 359. Für exigere = executivisch beitreiben s. *Lex agr.* v. 72. *Corp. Inscr.* I. p. 84. *Lex tab. Bant. lin.* 9. *ibid.* p. 45. *Lex Mamilia* c. 5. *L. 9. § 6. D. ad leg. Iul. pec.* (48, 13). *Gai.* IV. § 94. Iudicare bezeichnet die rechtliche Anweisung der Zahlung (Note 49) mit Ausschluß jedes andern Urtheils.

51) Dirksen, Beiträge, (Leipz. 1825) III. S. 189 folg. behauptet die Einklagung der Multen im Civilprozeß. Auch Mommsen, Stadtrechte S. 443, Zeitschr. für gesch. R.-W. XV. S. 322 folg. 351 und Rudorff, Rechtsg. II. § 125 in gewissen Fällen. Vgl. unten § 81.

52) *Liv.* 1, 44. *Cic. pro Caec.* 34. *Val. Max.* VI. 3, 4. *Ulp.* XI. 11. *L. 4. § 10. D. de re mil.* (49, 16). Ueber Freiheit und Civität, also die Bedingungen des

Nur in Einem Fall war zwischen dem römischen Volk (populus) und einem einzelnen Bürger ein Rechtsstreit vor der Gerichtsobrigkeit und in den Formen des Civilprozesses möglich, nehmlich um Eigenthum und eigenthumsähnliche Rechte[53]). So scharf zogen die Römer schon in dieser ältesten Zeit die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht.

§ 31. Eben so bestimmt und folgerichtig, wie die Römer den Begriff des Civilprozesses schon in dieser ältesten Zeit begrenzen, führen sie ihn auch in seiner rechtlichen Gestaltung durch. Freilich sind es nur Bruchstücke des gerichtlichen Verfahrens, die wir kennen und nicht überall sicher zu deuten vermögen. Waren sie doch schon zu Cicero's Zeit, weil nicht mehr verstanden, Gegenstand ziemlich frivolen Spottes[1]). Doch genügen sie, um uns zu überzeugen, daß die alterthümlichen Formen der Legis Actio keineswegs sinnlos, daß in ihnen vielmehr eben jener Begriff auf das Bestimmteste ausgeprägt war.

Im Allgemeinen tritt der private Charakter des Rechtsstreits als eines Conflicts zweier Einzelwillen darin hervor, daß es die streitenden Theile sind, die hauptsächlich und auf entscheidende Weise handeln. Das Gericht im Namen des Staats wirkt nur dahin, daß sie ihre Rechte auch in der Form des Rechts gegen einander geltend machen und entscheidet schließlich den Streit durch sein Urtheil. Je mehr der ganze Verlauf durch das Gesetz fest geregelt ist, um so weniger greift der Richter zu dessen Ergänzung willkührlich ein[2]).

Gleich die Einleitung des Rechtsstreits (§§ 32—34) trägt jenen privaten Charakter. Sie geht natürlich nicht von

Census, findet ein Rechtsstreit statt (§ 41), bei dem der Staat aber nur durch das Gericht vertreten ist.

53) S. unten § 33 Note 1. 2, legis actio pro populo und § 42 Note 10 vindiciae secundum populum. Eben dahin gehören Grenzstreitigkeiten, die in Bezug auf den locus publicus und privatus sehr häufig vorkommen mußten.

1) *Cic. pro Mur.* 12.

2) Anders in der folgenden Periode, wo das Gesetz als unzureichend oder hemmend erkannt wird und die Gerichtsobrigkeit durch Ertheilung der Formula, Interdicte, Missio in possessionem u. s. w. freier auch auf den Gang der einzelnen Sache einwirkt.

dem Vertreter des Staats, dem Gericht, sondern von dem Kläger aus. Aber auch dieser richtet nicht eine Beschwerde über erlittenes Unrecht und die Bitte an die Obrigkeit, den Gegner zur Rechenschaft zu ziehen und zu dessen Abstellung anzuhalten; denn von Unrecht, Störung der öffentlichen Ordnung, Friedensbruch u. dgl. ist überhaupt nicht die Rede, sondern von dem Rechte des Einen und Andern. Der Kläger, der das Seinige gerichtlich verfolgen will, fordert daher seinen Gegner, wo er ihn findet, auf, ihm vor die Gerichtsobrigkeit zu folgen (in ius vocatio). Die bäurische Derbheit der Zeit erlaubt ihm selbst Gewalt zu gebrauchen. Doch ist es nicht eigentliche Selbsthülfe; denn vor Gericht (in iure) will er diese Aufforderung rechtfertigen, durch Darlegung seines Rechts.

Eben diese ist die erste, gesetzlich formulirte Handlung (actio, legis actio)[3]), mit der der Kläger den Rechtsstreit vor Gericht eröffnet (§ 35). Auch diese ist nicht Klage bei dem Richter über erlittenes Unrecht (querela), sondern Geltendmachung seines Rechts, ein Handeln mit seinem Widersacher vor Gericht (agere cum adversario apud iudicem), daher er actor heißt und der Andere is, cum quo agitur. Dieser hat aber, da es sich lediglich um ein zu seiner und des Klägers Verfügung stehendes Privatrecht handelt, noch die Wahl, ob er durch Zugeständniß dieses vom Kläger behaupteten Rechts (confessio in iure) oder durch Vergleich (pactum) (§ 36) ihn zufrieden stellen, oder durch Widerspruch (contentio) den Rechtsstreit (lis)[4]) förmlich begründen will (§ 37). Hiermit beginnt ein Kampf der streitenden Theile, aber um ein Recht (lis)[5]) und in den gesetzlich bestimmten Formen des Rechts,

3) Lege agere, legis actio für die Handlung des Klägers, z. B. bei *Cic. in Verr.* I. 45. *Ulp.* XI. 24. *Plaut. Trin.* V. 2, 22. (1146) sagt dafür lege populi poscere.

4) Lis im subjectiven Sinne für den Rechtsstreit selbst, z. B. in der Unterscheidung der Zwölf Tafeln von lis und iurgium *Cic. de re publ.* IV. 8., in litis contestatio *Festus* v. *Reus*, *epit.* v. *Contestari litem*, in decemviri stlitibus iudicandis und sonst.

5) Lis objectiv = res heißt der Gegenstand des Rechtsstreits, also das streitige Recht. *Varro de LL.* VII. 5. quibus res erat in con-

unter Beobachtung des Gerichtsfriedens. Darüber wacht die Gerichtsobrigkeit (magistratus), in deren Gegenwart jener Kampf sich vollzieht, und trifft die nöthigen Anordnungen, damit er im ferneren friedlichen Verlauf durch Ermittlung der thatsächlichen Wahrheit geschlichtet werde[6]). Auch diese ganze, den gerichtlichen Rechtsstreit (lis) nach Inhalt und Form, nach seinen rechtlichen Bedingungen und Folgen feststellende Verhandlung heißt **legis actio**[7]) (§§ 39—48), und daß diese also, in bestimmter Weise, vollzogen worden, wird zum Schluß von den streitenden Theilen durch eine förmliche Zeugenaufrufung (**contestatio litis**) beglaubigt (§ 49).

Es entspricht durchaus dem tiefen Rechtssinn der Römer, daß sie nicht nur die einzelnen Acte dieses Verfahrens als eben so viele Rechte auffassen, sondern auch der Totalität des Rechtsstreits als eines organischen Rechtsverhältnisses sich bewußt werden, und wir irren wohl nicht, wenn wir dieß Bewußtsein schon dieser Periode zuschreiben. Denn, ist dem vernünftigen Willen des Einzelnen das Recht immanent, so muß selbst der Kampf zweier Willen sie in eine rechtliche Beziehung zu einander setzen, die in der beiderseitigen Berufung auf das Recht, also in der Unterwerfung unter dasselbe und seinen Vertreter, das Gericht, ihren Ausdruck findet. Hierin liegt die Aehnlichkeit des im Rechtsstreit begründeten Rechtsverhältnisses mit dem Vertrage; denn wenn auch die streitenden Theile Entgegengesetztes wollen, so einigen sie sich doch darin, daß ihr Streit rechtlich entschie-

troversia, ea vocabatur lis; ideo in actionibus videmus dici: quam rem sive mi litem dicere oportet. *L. 36. D. de verb. sign.* (50, 16). *Cic. pro Mur.* 12. In den Zwölf Tafeln: Post meridiem praesenti litem addicito *Gell.* XVII. 2, 10, ferner stlitis et vindiciarum *Festus* v. *Vindicia M. p.* 376. *Gai.* IV. § 16. litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. In den Formeln der legis actiones *Val. Prob.* § 4, 10 arbitrum liti aestimandae u. s. w.

6) Die Mitwirkung des Prätors war auch durch die Legis Actio bestimmt, *Cic. pro Mur.* 12. ei quoque carmen compositum est; und wird in den drei sollennen Worten do, dico, addico zusammengefaßt. *Varro de LL.* VI. §§ 29. 30. 53.

7) *Gai.* II. § 24. (von der Scheinvindication, der in iure cessio) idque legis actio vocatur.

den werden soll. Daß die Römer schon in dieser frühesten Zeit diese Aehnlichkeit bemerkt haben, tritt am Bestimmtesten in der Bezeichnung der Partheien als rei hervor[8]), ein Ausdruck, der später, weil im Formularprozeß der Beklagte vorzugsweise Schuldner ist, auf diesen beschränkt wird. Die Anwendung einer bestimmten Contractsform, etwa des Nexum, wird nirgends bezeugt und hätte der Natur der Sache Gewalt angethan[9]). Begründet, gleichsam geboren wird der Rechtsstreit (lis) als Rechtsverhältniß vielmehr durch die ganze zweiseitige Instructionsverhandlung (legis actio), deren förmlicher Schluß jene Zeugenaufrufung (contestatio litis) bildet. Seine contractsähnliche Wirkung aber zeigt sich in den gegenseitigen Verpflichtungen der Partheien, z. B. dem Sacramentum, und ihrer Bürgen, z. B. den praedes litis et vindiciarum. Nicht minder darin, daß dieses Rechtsverhältniß in der Durchführung des Rechtsstreits mittelst Untersuchung und Entscheidung desselben seine Bestimmung erreicht, sich also gleichsam erfüllt und damit auflöst, wenn es nicht außerordentlicher Weise stirbt (lis moritur)[10]).

Diese, die Untersuchung und Entscheidung (§§ 50. 51), bilden den zweiten递递 Haupttheil des Prozesses, sei es nun, daß sie durch die Gerichtsobrigkeit selbst in Fortsetzung der Verhandlung oder Wiederaufnahme derselben in einem zweiten Termin (in iure) oder durch Geschworne (in iudicio) erfolge. Auch hier sind die Partheien in Geltendmachung ihres Rechts vorzugsweise thätig, daher die einzelnen Verhandlungen, später wenigstens, als prima, secunda actio u. s. w. bezeichnet werden. Auch der erkennende Richter vertritt nur das objective Recht. Allein nicht in abstracto, wie der instruirende, sondern in Anwendung auf das concrete streitige Rechtsverhältniß und seine thatsächlichen Bedingungen, von denen er zu diesem

8) *Lex XII tab.* II. 2. iudici arbitrove reove *Festus* v. *Reus*. Lites contrahere sagt schon *Plaut. Capt. prol.* 63. *Cas.* III. 2, 31. und *Cic. de leg.* III. 3. von den Decemvirn: lites contractas iudicanto.

9) Vgl. unten § 49 Note 3.

10) Cf. *Gai.* IV. § 104.

Behuf eine bestimmte Ueberzeugung gewinnen muß. Diese zu ihren Gunsten zu bewirken, darauf ist die entgegengesetzte Thätigkeit der Partheien in den Deductionen ihrer Redner (peroratio) und der Beibringung von Beweismitteln (probatio) gerichtet, die ihrer Natur nach weniger an strenge Formen gebunden ist; und der Richter nimmt von diesen Kenntniß (cognoscit), um nach gewissenhafter Ueberzeugung (ex animi sui sententia) das Urtheil (iudicatum) fällen zu können.

Mit diesem erreicht der Rechtsstreit sein Ende (res iudicata). Doch kann, wenn der Kläger sein Recht erstritten hat und der Gegner auch jetzt dessen Anerkennung thatsächlich verweigert, was wir die Execution nennen, sich anschließen. Auch diese erfolgt nicht durch das Gericht, sondern von Seiten des Klägers durch thatsächliche Ausübung des ihm im Urtheil zuerkannten Rechts (exsecutio iudicati) unter dem Schutze der Gerichtsobrigkeit und zwar noch in zwiefacher Weise. Ist, was er erstritten, bereits sein Eigen (suum ex iure Quiritium), sei es seine persönliche Freiheit oder eine zu seiner familia gehörige Person oder Sache, so kann er dieß sein Recht nunmehr unter dem Schutz des obrigkeitlichen imperium factisch ausüben (§ 52). Ist es eine Sache, die erst sein Eigen werden soll, oder sonst eine Leistung, so findet deshalb ein Zwang gegen den Verpflichteten, ein Eingriff in seine Freiheit nicht statt. Zunächst muß die Leistung durch richterliche Taxation (arbitrium liti aestimandae) in eine Summe Geldes umgesetzt werden, durch deren Zahlung der Schuldner sich lösen kann. Jede durch richterliches Urtheil (rebus iure iudicatis) feststehende Geldschuld aber verfolgt der Kläger durch eine neue legis actio, die strenge Schuldexecution (manus iniectio), eine Privatpfändung des Schuldners und seiner familia mit Urlaub des Richters, die schließlich dessen gesammte bürgerliche Existenz vernichtet (§ 53).

Nach dieser Gliederung, in welcher gleichfalls der gerichtliche Rechtsstreit als ein organisch sich entwickelndes Rechtsverhältniß erscheint, soll derselbe im Folgenden dargestellt werden.

A. Einleitung des Rechtsstreits.

In ius vocatio.

§ 32. Da der Rechtsstreit nach ältestem römischen Recht von den streitenden Theilen durch eine zweiseitige gerichtliche Verhandlung (legis actio), die in der Regel keine Vertretung zuläßt[1]), also persönlich eröffnet werden muß, so ist das Erste, daß Beide vor Gericht (in iure) erscheinen, daß also der Kläger, der sein Recht gegen einen Andern verfolgen will, diesen, den Beklagten, der seinem Anspruch sich zu entziehen wünschen muß, dazu nöthige.

Er braucht aber deshalb nicht erst den Prätor anzugehen, daß dieser kraft seines Imperiums den Beklagten durch den Lictor oder Viator vorladen (vocare) lasse, sondern hat das Recht, an seinen Gegner, wo er ihn antrifft[2]), die Aufforderung zu richten, daß er ihm sofort[3]) zur Gerichtsstätte folge. Bestimmt formulirte Rede oder Angabe seines Anspruchs, um den Act zu legalisiren, ist nicht nothwendig[4]). Dieß ist die

1) Nemo alieno nomine lege agere potest. *Ulp. L. 123. pr. D. de reg. iur.* (50, 17). *Gai.* IV. § 82, wo zu lesen ist: cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret *rel.* Die Scheden geben hier, wie sonst öfter, in der Lücke mehr Striche an als Buchstaben fehlen. — Von den Ausnahmen nachher.

2) *Gai. ad L. XII tab. L. 20. D. de in ius voc.* (2, 4). Sed etiam — a balneo et theatro nemo dubitat in ius vocari licere. Von der Einschränkung rücksichtlich des eigenen Hauses s. Note 16.

3) Walter, Rechtsg. § 728 läßt die in ius vocatio auch für einen spätern Termin mit Vadimonium zu, aber ohne Beweis und, wie mir scheint, im Widerspruch mit dem ganzen Zusammenhang der Sache.

4) Anders bei der manus iniectio. *Gai.* IV. § 21. — *Plaut. Pers.* IV. 9. 8. S. Age, ambula in ius leno. D. Quid me in ius vocas? S. Illic apud Praetorem dicam: sed ego in ius voco. D. Nonne antestaris? *rel.* Vgl. Keller, Civilpr. § 46 Note 533. Die in ius vocatio ist deshalb keine legis actio. Vgl. *Gai.* IV. § 29. — certis verbis. Anders Ihering, Geist des R. R. II. S. 675, jedoch ohne Beweis.

in ius vocatio, welcher die Zwölf Tafeln im Interesse des Rechts den nöthigen Nachdruck verliehen, ohne deshalb jede Rücksicht der Humanität auszuschließen. Denn wenn der Beklagte der Aufforderung nicht freiwillig folgt, so darf der Kläger, nachdem er die Anwesenden feierlich zu Zeugen aufgerufen (antestatio)[5], ihn festnehmen[6]) und, wenn er dann noch zögert oder zu entfliehen sucht, ihn mit Gewalt vor Gericht führen[7]). Ist der Beklagte wegen Altersschwäche oder Krankheit zu gehen außer Stande, so soll der Kläger ein Lastthier oder Fuhrwerk, nicht aber eine Sänfte, zu beschaffen gehalten sein[8]). Denn ohne den Beklagten zu hören, ist nun einmal

5) *Lex XII tab.* I. 1–3. Si in ius vocat, ni it, antestator. *Porphyrio Horat. Sat.* I. 9. v. 68. *Plaut. Curculio* V. 2, 20. 3, 15—17. *Persa* IV. 9, 8. *Poen.* V. 4, 59. Mit Berührung des Ohrläppchens *Plin. hist. nat.* XI. 45. in ima aure memoriae locus, quem tangentes antestamur. *Horat. l. c.* Die antestatio dient zum Beweise, daß er rechtmäßig, nicht iniuria Gewalt brauche. *Acron* zu *Horat. l. c.* und das alte Glossem dazu bei *Glück Opuscula* II. p. 311 Note. — Puchta Instit. II. § 160 läßt in Ermangelung von Zeugen die obvagulatio (*Festus* v. *Portum. Obvagulatio*) und dann, wenn der Beklagte betroffen wird, die manus iniectio eintreten. Allein an Zeugen konnte es in publico nicht leicht fehlen, und die obvagulatio würde besser auf den Fall passen, wenn der Beklagte sich in seinem Hause verborgen hält. Endlich fällt diese Auslegung derselben mit der Ansicht von der manus iniectio. S. Note 7.

6) *Lex XII cit.* igitur (=postea *Festus epit.* v. *Igitur*) em capito. *Porphyrio cit.* Diese Arrestation als ein besonderes Moment in der Prozedur wird gewöhnlich übersehen.

7) *Lex XII cit.* Si calvitur (= moretur) pedemve struit (= fugit) manum endo iacito. *Gai. ad L. XII tab. L.* 233. *D. de verb. sign.* (50, 16). Für dieß obtorto collo rapere s. noch *Plaut. Poen* III. 5, 45. *Rudens* III. 6, 28. *Terent. Phormio* V. 9. fin. — Puchta Instit. II. § 160 und nach ihm Andere haben angenommen, der Beklagte gelte wegen seiner Widersetzlichkeit (contumacia) pro damnato und die pro iudicato manus iniectio mit ihren Folgen trete gegen ihn ein. Allein *Gai.* IV. § 21. sqq. weiß davon nichts, und der Ausdruck des Gesetzes manum endo iacito sagt nur, daß er nun Hand anlegen, Gewalt brauchen darf, um den Widersetzlichen vor Gericht zu führen, während in jener andern Stelle (*Gell.* XX 1, 45) die Worte manus iniectio esto, in ius ducito die förmliche legis actio deutlich von dem gewaltsamen Fortführen unterscheiden. Auch wer einen Verbrecher festnimmt und vor die Tresviri capitales führt, manum iniicit, ohne daß von der Legis Actio die Rede wäre. *Plaut. Persa* I. 2, 18. sq.

8) *Lex XII cit.* Si morbus aevitasve, vitium escit, iumentum dato, arceram ne sternito.

die Eröffnung so wenig als der Fortgang des Rechtsstreits möglich[9]).

Nur Ein Mittel giebt es für ihn, sich dem Erscheinen vor Gericht zu entziehen, wenn er nicht schon auf dem Wege dahin sich mit dem Kläger einigen kann[10]): daß er einen Vindex, d. h. einen Vertheidiger stellt, der zugleich als tüchtiger Bürge die Klage selbst mit allen ihren Folgen auf sich nimmt[11]).

Geschützt gegen diese strenge in ius vocatio sind:

1) die höhern Magistrate mit Imperium und die Volkstribunen. Denn wie sollte, wer selbst die persönliche Macht hat, jeden Bürger festzunehmen (prensio) oder vor seinen Richterstuhl führen zu lassen (vocatio), Aehnliches von einem Bürger zu erdulden haben?[12]) Freiwillig in Privatsachen vor Gericht sich zu stellen, widersprach natürlich ihrer Würde nicht[13]);

2) Jeder, der in Erfüllung öffentlicher oder religiöser

Gell. XX. 1, 25. Vgl. *Nonius* I. 270. *Varro de LL.* IV. 31.

9) *Gai.* IV. § 29. praesente adversario. *Lex XII tab.* II. 7. quom perorant ambo praesentes. *Gell.* XVII. 2, 10.

10) *Gai. lib. 1. ad L. XII tab. L. 22. § 1. D. de in ius vocando* (2, 4). Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit. *Dig.* 2, 14. *de pactis;* 15. *de transactionibus.*

11) *L. 22. § 1. cit.* — si quis eius personam defendet. *Gai.* IV. § 46. — qui in ius vocatus neque venerit, neque vindicem dederit. *Lex XII tab.* I. 4. Assiduo vindex assiduus esto, proletario quoi quis volet vindex esto. *Gell.* XVI. 10, 5. Assiduus ist jeder Bürger, der nach dem Census einer der fünf Classen angehört, proletarius, der davon ausgeschlossen ist. *Gell. cit. Cic. de re publ.* II. 22. Rudorff, Rechtsg. § 63 Note 12 verlangt außerdem „gleichen Census", ohne Beweis.

12) *L. 2. D. de in ius voc.* (2, 4). *Ulp* In ius vocari non oportet neque Consulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui coërcere aliquem possunt et iubere in carcerem duci. Varro bei *Gell.* XIII. 13, 4. Qui potestatem neque vocationis populi viritim habet, neque prensionis, eos magistratus a privato in ius quoque vocari est potestas *rel. cf. c.* 12. Keller, Civilpr. Note 526.

13) *L. 26. § 2. D. ex quib. caus. mai.* (4, 6). Ait Praetor: aut cum eum invitum in ius vocare non liceret *rel.* Haec clausula ad eos pertinet, quos more maiorum sine fraude in ius vocare non licet, ut Consulem, Praetorem, ceterosque qui imperium potestatemve quam habent.

Pflichten begriffen oder durch eine schon anhängige gerichtliche Verhandlung gebunden ist; ja selbst der Bräutigam und die Braut im Hochzeitszuge sollen nicht in ius vocirt werden[14]).

Nicht die Aufforderung, aber der Gebrauch der Gewalt ist ausgeschlossen:

1) gegen eine Matrone[15]),

2) gegen den, der sich in seinem Hause oder sonst auf eigenem Grund und Boden befindet. Denn schon die Betretung desselben gegen den Willen des Besitzers, geschweige dessen gewaltsame Entführung, wäre eine Verletzung seiner Person und seines Hausrechts[16]).

Auch galt die in ius vocatio der Aeltern und des Patrons für eine Verletzung der ihnen schuldigen Ehrerbietung, so jedoch daß der Prätor sie unter dringenden Umständen dennoch zuließ[17]). Denn überall ist er es, unter dessen Autorität die in ius vocatio erfolgt, der also auch über das formelle Recht derselben erkennt, den widerrechtlich Gerufenen entläßt und ihm wegen persönlicher Verletzung (iniuriae) die gesetzliche Buße zuspricht[18]).

§ 33. In den Fällen, wo ausnahmsweise bei der Legis Actio eine Vertretung der Partheien zugelassen wird, weil diese zu

14) *L. 2. D. de in ius voc.* (2, 4). In ius vocari non oportet — nec Pontificem dum sacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt. Sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. Praeterea in ius vocari non debet, qui uxorem ducat, aut eam quae nubat; nec iudicem, dum de re cognoscat; nec dum quis aput Praetorem causam agit; neque funus ducentem familiare, iustave mortuo facientem; *L. 3.* vel qui cadaver prosequuntur; *L. 4.* quique litigandi causa necesse habet in iure vel certo loco sisti. Auch die Zeit der öffentlichen Spiele scheint in dieser Periode ausgenommen nach *Plaut. Casina Prol.* v. 23. sq., nicht der Ort des Theaters. *Gai.* in Note 2.

15) *Val. Max.* II. 1, 5. — in ius vocanti matronam corpus eius attingere non permiserunt.

16) *L. 18—21. D. de in ius voc.* (2, 4). *L. 103. D. de reg. iur.* (50, 17). *cf. L. 4. § 5. D. de dam. inf.* (31, 2). *Cic. in Vatin.* 9. *Decl. pro domo* 41.

17) *L. 4. §§ 1. sqq. D. de in ius voc.* (2, 4). Dieß Edict und die Pönalklage waren späteren Ursprungs, die Sache selbst gewiß uralt.

18) *L. 5. § 1. D. qui sat. cog.* (2, 8). *L. 23. D. de iniuriis* (47, 10). Vgl. auch *Acron. l. c.* Note 5.

gerichtlichen Handlungen absolut unfähig sind, kommt natürlich diese Vertretung schon bei der in ius vocatio in Betracht. Streng genommen sind dieß nur folgende zwei Fälle[1]):

1) Das römische Volk (populus), also der Staat, und jede andere Gemeinde römischer Bürger (municipium) in dem Rechtsstreit mit einem einzelnen Bürger, soweit dieser möglich ist[2]), bedarf einer solchen Vertretung. In Bezug auf die in ius vocatio kann diese wohl nur in der Person des Beamten (magistratus) statt finden, dessen Fürsorge (curatio) das streitige Object untergeben ist[3]). Die Führung des Prozesses selbst aber konnte einem Specialbevollmächtigten (actor) übertragen werden[4]).

2) Ein Mensch, dessen Freiheit bestritten wird. Da der Sclave (servus), weil schlechthin rechtlos, nicht als Parthei vor Gericht auftreten kann, so wäre es ein innerer Widerspruch, wenn der Kläger, der einen Menschen in servitutem vindicirt, oder wenn der Prätor diesen Menschen, der vielleicht ein Sclave ist, als Parthei zuließe. Ein Rechtsstreit um seine Freiheit ist nur möglich, wenn ein Dritter in seinem Namen, als Adsertor ihn in libertatem vindicirt, und dieser ist es auch, der in ius vocirt werden oder den Gegner in ius vociren muß; der vermeintliche Sclave oder Freie ist als Gegenstand des Rechtsstreits vor Gericht zu bringen[5]).

1) *Gai.* IV. § 82. S. § 32 Note 1. nisi pro populo et libertatis causa.

2) Ueber Eigenthum und eigenthumsähnliche Rechte. S. § 30 Note 53. Persönliche Klagen, die quivis ex populo in dessen Namen anstellen kann, halte ich für spätern Ursprungs. S. unten § 81.

3) Es sind dieß immer Magistratus minores, die auch in ius vocirt werden können, s. § 32 Note 12, und denen die defensio rei obliegt. Cf. *L. 1. §§ 2. 3. L. 8. D. quod cui. un. nom.* (3, 4). *L. 5. § 4. D. quod vi* (43, 24).

4) Der Staat oder die Gemeinde konnte dieß, wie er ja in allen seinen Beamten Vertreter bestellt, während es dem einzelnen Bürger damals noch versagt war. Vgl. den actor municipum der spätern Zeit, *Dig. 3, 4. quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur*, besonders *L. 3.* und den Schiedsspruch von Histonium. Mommsen, Stadtrechte S. 484 folg. Die Legis Actio, d. h. die Formel der Vindication mußte lauten: Hanc rem populi oder publicam esse aio.

formell nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen, wenngleich im Interesse eines Andern, handelt dagegen[6]):

1) der curator furiosi, der als dessen nächster Erbe Macht (potestas) über sein Vermögen hat und deshalb ohne Zweifel die Legis Actio suo nomine vollzog[7]). Aehnlich wohl der tutor legitimus, wenn der Pupill noch Kind und deshalb zur Vollziehung der Legis Actio tutore auctore unfähig ist[8]);

2) jeder Bürger, dem im Interesse Aller durch die Zwölf Tafeln das Recht beigelegt ist, einen untreuen Tutor anzuklagen (accusatio suspecti tutoris)[9]) oder durch die Lex Hostilia, den Dieb, der einen in feindlicher Gefangenschaft oder im Staats-

5) Der Hergang ist noch verschieden. Ist der Mensch factisch im Zustande der Freiheit, so kann der Vindicant in servitutem ihn, wo er ihn in publico findet, als seine Sache ergreifen (manum iniicere cf. *Fr. Vat.* § 6) und ihn zum Behuf der vindicatio in rem praesentem (vgl. § 41) vor Gericht bringen. Ein Dritter, der als Adsertor die contravindicatio in libertatem übernehmen will, kann dieß nicht hindern, sondern muß der in ius vocatio des Vindicanten folgen. Im Fall der Virginia, nach der genauern und doch nicht streng juristischen Darstellung des *Liv.* III. 44. sqq verhindert das bei ihrer Ergreifung anwesende Volk nur die Gewalt, muß aber zulassen, daß sie dem M. Claudius vor Gericht folgt; vocat puellam in ius ist also keine eigentliche in ius vocatio. Ein Adsertor aber war noch gar nicht vorhanden. Die in ius vocatio der geraubten Karthagerin bei *Plaut. Poen.* V. 4, 69. war keine ernstlich gemeinte. — Ist der Mensch im factischen Zustand der Sclaverei, so wird der Adsertor den Besitzer desselben in ius vociren (*Plaut. Poen.* V. 4, 96.) und die Exhibition des Menschen unter dem Schutz des Prätors bewirken. — Die Vindication in libertatem lautete: Hunc ego hominem liberum esse aio.

6) Deshalb konnte Gaius a. a. O. Note 1 diese Fälle nicht erwähnen.

7) *Lex XII tab.* V. 7. Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. *Cic. de invent.* II. 50. *Gai.* II. § 64. *L. 10. § 1. D. de cur. fur.* (27, 10). *L. 56. § 4. D. de furtis* (47. 2). Rudorff, Rechtsgesch. II. § 17 Note 70.

8) *Pr. I. de iis per quos agere* (4, 10). — pro tutela *L. 56. § 4. cit.* Die Erklärung des Theophilus beruht auf Mißverständniß. Vgl jedoch Keller Civilpr Note 631.

9) *Pr. § 3. I. de susp. tut.* (1, 26). *L. 1. § 6. D. eod.* (26, 10). Auch hierauf könnte pro tutela *pr. I. de iis per quos* (4, 10) bezogen werden.

dienst Abwesenden beraubt hat, mit der actio furti zu verfolgen[10]).

Um so weniger ist es zweifelhaft, daß diese als Kläger in eigenem Namen den Gegner auch in ius vociren, und daß die Erstgenannten als Beklagte in ius vocirt werden können.

§ 34. Wenn die in ius vocatio nicht zum Ziele führt oder unmöglich ist, so werden **Surrogate** derselben nothwendig.

Ersteres ist der Fall, wenn die Instruction der Sache in diesem ersten Termin nicht zu Ende gebracht wird. Dieß mußte schon in dieser Zeit vorkommen, z. B. wenn die streitige Sache oder der Auctor nicht zur Hand war. Die Legis Actio, zu deren strenger Förmlichkeit die unitas actus nicht gehört, mußte also in einem zweiten Termin wieder aufgenommen werden. Dem Kläger war dann nicht zuzumuthen, es auf eine zweite in ius vocatio ankommen zu lassen. Deshalb sollte schon nach Zwölftafelrecht der Beklagte auf Antrag des Klägers und Befehl des Prätors Bürgschaft (**vadimonium**) stellen[1]), daß er an einem andern bestimmten Gerichtstag sich wieder einfinden werde[2]). Die Höhe der Bürgschaftssumme bestimmte ohne Zweifel das Gesetz[3]). Wer keinen Bürgen stellen konnte, wurde

10) *pr. I. de iis per quos* (4, 10). — Schon Ulpian begeht den logischen Fehler, furiosi und infantes zu den von der in ius vocatio Befreiten zu stellen. *L. 4. pr. D. de in ius voc.* (2, 4).

1) *Gai.* IV. § 184. Qui autem in ius vocatus fuerit ab adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti. *Plaut. Aulul.* II. 4, 38 Homo ad Praetorem plorabundus devenit. Infit ibi postulare —, Ut sibi liceret miluom vadarier. *Curcul.* I. 3, 5. — qui me convadatus — vadimoniis. *Varro de LL.* VI. 7. Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat quom reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret *rel.* Auf den Auctor scheinen die folgenden Worte bei Varro zu deuten. *Gell.* XVI. 10, 8. — „vades“ et „subvades“ — omnisque illa duodecim tabularum antiquitas *rel.*

2) Für den dritten Tag (dies perendinus) s. *Macrob. Sat.* I. 16. *Gell.* VI. 1, 10. Bei nicht eiligen Sachen war es wohl der dreißigste. Vgl. *Gai.* IV. §§ 15. 18.

3) Dieß, wie das gesammte Recht der Vadimonien wurde später im Prätorischen Edicte weiter ausgebildet. *Gai.* IV. § 186.

in Haft genommen[4]). Versäumniß des zweiten Termins (vadimonium desertum) hatte den Verlust der Sache selbst nicht zur Folge; denn ehe die Legis Actio vollzogen war, konnte ein Urtheil, also auch ein Contumacialurtheil nicht gefällt werden[5]). Blieb der Beklagte aus, so wurde die Bürgschaftssumme als Strafe von den Bürgen eingeklagt, und ihre Sache war es, durch Sistirung des Beklagten dieß zu verhüten. Erschien der Kläger nicht, so hatte er eben nur dieses Recht gegen die Bürgen verloren. In beiden Fällen konnte er durch eine zweite in ius vocatio die Sache von Neuem einleiten[6]); denn durch die noch nicht vollendete Legis Actio war seine Klage nicht consumirt.

Ist die in ius vocatio unmöglich, so entsteht die Frage: wie der Kläger zu seinem Recht kommen soll?

Ist es einer der oben erwähnten Gründe, die den Beklagten vorübergehend gegen die in ius vocatio schützen, so muß der Kläger deren Wegfall abwarten, woraus ihm, da das älteste Recht keine Klagenverjährung, sondern nur die Usucapion in Einem oder Zwei Jahren kennt, nicht leicht ein Schaden erwächst. Dieß gilt insbesondere, wenn der Beklagte sich in seinem Hause oder sonst verborgen hält, um der in ius vocatio zu entgehen (si fraudationis causa latitat). Denn daß er innerhalb Eines oder Zweier Jahre nicht irgendwo sollte angetroffen werden, ist undenkbar. Wenigstens fand das alte Civilrecht es nicht nöthig, für diesen Fall oder ähnliche[7]) Fürsorge zu treffen.

Anders wenn die Unmöglichkeit der in ius vocatio eine bleibende ist.

Dahin gehört vor Allem, wenn der Schuldner stirbt und

4) *Plaut. Persa* II. 4, 18. ist dafür freilich ein schwacher Beweis, da die Anspielung sich ebensowohl auf den Criminal- als den Civilprozeß beziehen kann.

5) Anders im Untersuchungsverfahren. S. unten § 51, 2.

6) So auch Rudorff, Rechtsg. II. § 64 Note 18. Anders Keller, Civilpr. § 49 Note 70.

7) Die in integrum restitutio wegen Unmöglichkeit der in ius vocatio eines Magistrats (s. § 32 Note 12) ist wohl spätern Ursprungs.

keine Erben hat. Der Gläubiger findet dann nur Ersatz in dem Recht, die erblosen Güter eigenmächtig in Besitz zu nehmen und in Einem Jahre (pro herede) zu usucapiren [8]).

Aehnlich ist der andere Fall, wenn der Schuldner durch Auswanderung und Erwerb des Bürgerrechts in einem fremden Staat (qui exsilii causa solum verterit) sich seinen Gläubigern entzieht [9]). Denn durch diese capitis deminutio media [10]) erlöschen seine Schulden [11]), die zurückgelassenen Güter werden herrenlos und, insofern das römische Volk nicht Ansprüche daran geltend macht [12]), können die Gläubiger sie gleichfalls occupiren und usucapiren. Ohne Zweifel wurde jedoch dieß ius exsilii auch im Interesse von Privatansprüchen durch Staatsverträge mit verbündeten italischen Städten frühzeitig geregelt und beschränkt [13]).

Mit diesem allerdings unvollkommenen Rechtsschutz begnügte sich das alte Civilrecht [14]). Erst in der folgenden Periode verhieß der Prätor in seinem Edict nicht bloß an Stelle der eigenmächtigen Occupation in den beiden letzten Fällen, sondern auch wenn der Schuldner sich böslich versteckt hielt [15]), überhaupt wenn er sich der in ius vocatio entzog (indefensus),

8) *Gai.* II. §§ 52. sqq. III. § 201.

9) *Plaut. Curc.* IV. 3, 10. Ne tarpessita exulatum abierit, argentum ut petam. *Pseud.* I. 3, 77. *Persa* III. 3, 30. 38. *Mostell.* III. 1. 63. cf. *Cic. pro Caec.* 34. Exsilium —. nam qui volunt poenam aliquam subterfugere, aut calamitatem, eo solum vertunt.

10) *Boeth. ad top. p.* 302 *ed. Orelli. Cic. pro Caec.* 33. *Gai.* III. § 56.

11) Cf. *Gai.* III. § 84. IV. § 38.

12) S. oben § 30. Namentlich wenn er um einer multa oder der litis aestimatio wegen peculatus zu entgehen in die Verbannung gegangen ist.

13) Vgl. im Allgemeinen Mommsen, röm. Münzwesen S. 322 folg. Becker-Marquardt, röm. Alterth. III. 1. S. 36.

14) Vgl. Keller, Civilpr. § 49. Rudorff, Rechtsg. § 94 S. 310. S. auch die Fälle bei *Gai.* III. § 84. IV. §§ 38. 80. Huschke Nexum S. 169 nimmt nach Dionys. VI. 24. schon zur Zeit der ersten Secession der Plebs Anfänge des spätern prätorischen Missionsverfahrens an. Ich möchte es eher für einen Anachronismus späterer Schriftsteller halten.

15) *Edict. Praet.* bei *Cic. pro Quinctio* c. 19. Qui fraudationis causa latitat — Cui heres non exstabit — Qui exsilii causa solum verterit.

die Einweisung in seine Güter zum Behuf des Verkaufs im Interesse aller Gläubiger[16]).

B. Der Rechtsstreit selbst.

1. Instruction.

a. Allgemeines.

§ 35. Waren die Partheien an der Gerichtsstätte (in iure) angelangt, so erfolgte wohl gewöhnlich zunächst eine unförmliche Verständigung derselben unter einander und mit dem Prätor über den Gegenstand des Streits[1]) um so mehr, als die überraschende, häufig ungestüme in ius vocatio dazu keinen Raum geboten hatte. Von rechtlicher Bedeutung aber waren diese Erklärungen nicht, sondern nur die förmliche Verhandlung (legis actio zweiseitig)[2]), durch welche die Partheien unter Mitwirkung des Prätors in feierlicher Rede und Widerrede (certis verbis) und entsprechenden Handlungen den Rechtsstreit feststellten. Der hierzu erforderte Grad der Bildung wurde bei jedem Bürger vorausgesetzt; denn Vertretung, etwa durch einen Redner (orator), war hierbei ausgeschlossen. Die wünschenswerthe Unterstützung aber durch rechtsgelehrte oder angesehene Freunde (advocatio) war gestattet[3]).

Zunächst eröffnet der Kläger den Rechtsstreit durch einen förmlichen Act, der die Grundlage des ganzen Prozesses bildet, die Klage (actio, legis actio einseitig[4])). Denn durch sie bezeichnet er den Gegenstand seiner Rechtsverfolgung (intentio)[5]), also mittelbar des Rechtsstreits auf entscheidende

16) S. unten zweite Periode.

1) Puchta, Instit. § 161 (II. S. 83).

2) S. § 31 Note 6.

3) So erschien Virginia mit einer zahlreichen advocatio vor dem Decemvir. *Liv.* III. 44. 47.

4) S. § 31 Note 3.

5) Wenn *Gai.* IV. § 41 sagt: Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, so darf der Ausdruck wohl in demselben Sinne auf die Legis Actio übertragen werden.

Weise; jeder Verstoß gegen die gesetzliche Form oder den Sachverhalt hat den Verlust des Prozesses zur Folge[6]).

Dieser formelle Sinn des Wortes actio, für die Handlung des Klägers, ist in dieser Zeit durchaus vorherrschend, wie ja auch bei mancipium, nexum u. A. die Vorstellung mehr an dem in die Sinne fallenden Acte haftet, das entsprechende Recht nur hinzugedacht wird. Wenngleich also die Verfasser der Legis Actiones noch weit entfernt waren von der abstracten Definition der actio durch die Classiker[7]), so wußten sie doch daß sie ein Recht sei, nehmlich kein anderes als das vom Kläger verfolgte in dieser seiner gerichtlichen Geltendmachung[8]).

Die thatsächliche Verletzung des Rechtes, die wirklich vorgekommene oder gedrohte Entziehung oder Schmälerung seiner Ausübung, z. B. des Besitzes, die verweigerte Zahlung der Schuld u. s. w., die wir als Theil des Klaggrundes anzusehen gewohnt sind, erscheint als solcher in der Legis Actio regelmäßig nicht[9]). Selbst bei Delictsklagen, wo die verbrecherische That den Kern des Rechtsstreits bildet, verwandelt sich die actio sofort in eine Forderung des Sühngeldes (damnum decidere oportere), deren Entstehungsgrund jene That ist[10]). So wenig waren die Römer geneigt, das Wesen des Civilprozesses in die Aufhebung einer Verletzung der Person oder des objectiven oder subjectiven Rechts zu setzen. Wie sie das subjective Recht, gleichsam von der Person gelöst, objectiviren[11]), so wird auch nur dieses, die Sache (res, corporalis oder incorporalis), als Gegenstand des Civilprozesses, dieser als reiner Rechtsstreit, als abstracter Willensconflict gedacht. Daß der Kläger nicht ohne ein schon vorgekommenes oder zu erwartendes, thatsäch-

6) *Gai.* IV. §§ 11. 30. ut vel qui minimum errasset, litem perderet. *Fr. Vat.* § 318. Ebenso concentrirt sich die Formula in der intentio. *Gai.* IV. § 53.

7) *L. 51. D. de obl. et act.* (44, 7) *Celsus.* Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

8) Böcking, Pandecten, 5. Aufl. § 150.

9) Eine Ausnahme bildet die manus iniectio (Gai. IV. § 21.) aus nahe liegendem Grunde.

10) S. unten § 47.

11) S. oben § 15. S. 28.

liches Widerstreben des Gegners und ein dadurch begründetes practisches Interesse, nicht als rein theoretische Controvers die Sache bei Gericht anbringen werde, setzten die Römer als ein des Lebens kundiges Volk mit Recht voraus.

Da die legis actio der formelle Ausdruck des vom Kläger verfolgten Rechts ist, so giebt es eben so viele legis actiones als vor Gericht verfolgbare Rechte[12]). Eben deshalb waren die von den alten Juristen auf Grund und nach Maaßgabe der Gesetze gebildeten Klagformulare[13]) die festen Anknüpfungspunkte, gleichsam das Knochengerüste für die Rechtsentwicklung und das Rechtssystem in dieser Zeit. So drückt sich z. B. in der verschiedenen Form der sacramenti actio in rem und in personam der Gegensatz des auf die Sache, also gegen jeden Dritten gerichteten absoluten Rechts und des nur die Person verpflichtenden Schuldverhältnisses auf das Anschaulichste aus, ein Gegensatz, dessen principielle Klarheit bekanntlich das gesammte Civilrecht bis auf den heutigen Tag beherrscht.

§ 36. Nachdem der Kläger den Rechtsstreit also eröffnet hat, kann der Beklagte diesen noch abwenden durch Geständniß (confessio) oder Vergleich (pactum).

Confessio schlechthin, genauer confessio in iure[1]) ist die förmliche Erklärung des Beklagten, daß er das in der legis actio vom Kläger behauptete Recht nicht bestreite[2]), welcher sein Schweigen, nach der ausdrücklichen Aufforderung des Prätors, sich zu erklären, gleich gilt[3]). Hierdurch hat er

12) *Gai.* IV. § 11. Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur.

13) *Gai. cit.* legibus proditae — ipsarum legum verbis accommodatae.

1) Der Ausdruck confessio drückt wie condictio(*Gai.*IV.§18.) die zweiseitige Verhandlung, das Zugeständniß an den gegenwärtigen Kläger aus, wenngleich nicht, wie in contestatio, coniectio u. s. w. beide Theile thätig sind. Cf. *L. 6. § 3. D. de confessis* (42, 2). Für in iure s. *L. 1. § 7. D. si quid in fraud. patr.* (38, 5) *Ulp. L. un. C. I. de confessis* (7, 59) *Carac.*

2) *Gai.* II. § 24. — quo negante. s. Note 3. Die Formel bei *Val. Prob. ed. Goth.:* QUANDO AIS NEQUE NEGABO könnte hierauf bezogen werden, wenn sie überhaupt ächt wäre. Vgl. *ed. Momms.* § 4.

3) *Gai.* II. § 24. Praetor interrogat eum — an contra vin-

gleichsam sich selbst verurtheilt[4]); ein richterliches Urtheil ist dadurch selbst unmöglich geworden, weil kein Streit mehr vorliegt; das zugestandene Recht des Klägers steht aber wie durch Urtheil (iudicatum) gegen den Beklagten fest[5]) und die Ausübung desselben unter dem Schutz des Prätors (exsecutio) ist dem Kläger in gleicher Weise gesichert. Eben deshalb konnte die Legis Actio und Confessio auch als Form vertragsmäßiger Uebertragung dinglicher und ähnlicher Rechte[6]) oder zur Begründung eines strengen Schuldverhältnisses gebraucht werden[7]). Der weitere Verlauf der Sache war aber in diesen beiden Fällen wieder nach Analogie des Urtheils ein verschiedener.

Bei der Vindication einer Sache oder eines Rechts, einer Familiengewalt oder der Freiheit, ist das Object des Streits in iure gegenwärtig und wird in Folge der Confessio von Seiten des Prätors dem Vindicanten ausdrücklich zugesprochen[8]). Diese addictio kann im streitigen Prozeß kein Urtheil sein, denn es liegt kein Streit mehr vor, der entschieden werden könnte; bei der freiwilligen Legis Actio keine Uebertragung des Rechts[9]), denn diese kann nur von dem berechtigten Geg-

dicet; quo negante aut tacente. I. § 134. — et illo contra non vindicante. *arg. L. 38. D. de iure-iur.* (12, 2). manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle *rel.* Die Formel bei *Val. Prob. ed. Momms.* § 4, 3. QUANDO NEQUE AIS NEQUE NEGAS kann wohl nur auf diesen Fall gehen, man mag sie nun dem Prätor oder dem Kläger zur Begründung der Addictio oder der Erbittung eines Arbiter u. s. w. in den Mund legen. Andere, z. B. Keller, Civilpr. Note 206, beziehen sie auf die actio confessoria und negatoria.

4) *L. 1. D. de confessis* (42, 2). *Paul.* Quodammodo sua sententia damnatur.

5) *L. 1. D. cit.* Confessio pro iudicato est. *L. 6. § 2. eod. Ulp.* — quod quis confessus est, pro iudicato haberi. *L. un. C. I. eod.* (7, 59). *Paul. rec sent.* V. 5a § 2.

6) Die in iure cessio als vindicatio (imaginaria) körperlicher Sachen (Gai. II. § 24.), der Servituten (Id. §§ 29. sqq.), der Erbschaft (Id. §§ 34. sqq.), der väterlichen Gewalt (Id. I. § 134 L. 1. § 2. D. de rei vind. 6, 1.), der legitima tutela (Id. § 168), der Freiheit bei der manumissio vindicta (Id. § 17. Theophil. I. 5. § 4. Liv. XLI. 9.) beschreibt deshalb auch den Kreis der streitigen Vindicationen. Vgl. unten §§ 40 und 41.

7) Vgl. unten § 45.

8) *Gai.* II. § 21 (von in iure cessio). Praetor — ei, qui vindicaverit, eam rem addicit. I. § 134 (von datio in adoptionem). a Praetore vindicanti filius addicitur. Cf. *Ulp.* XIX. 9. 10.

9) So Rudorff, Rechtsg. § 36 Note 24.

ner ausgehen. Sie kann also nur die im Namen des Staats ausgesprochene Anerkennung und die Zusicherung seines Schutzes sein, oder die Ermächtigung des Prätors, die unter seinen Schutz gestellte Sache oder Person zu ergreifen und fortzubringen [10]), von der zugestandenen persönlichen Freiheit sofortigen Gebrauch zu machen u. s. w., kurz das zugestandene Recht auszuüben. Nachdem die Vindication eines Grundstücks nicht mehr an Ort und Stelle geschah, lag in der Addictio desselben die Erlaubniß, es unter dem Schutz des magistratischen Imperiums in Besitz zu nehmen. Sie war aber keine Adjudication im Namen des Staats, gewährte also gegen Ansprüche Dritter keine Sicherheit.

Bei der Schuldklage begründet die Confessio zwar auch eine unbedingte Verpflichtung des Beklagten zur Leistung. Allein die sofortige Geltendmachung der Forderung kann dem Kläger doch nicht gestattet werden. Ist das Object eine bestimmte Summe Geldes (aes confessum), so genießt der Beklagte zu deren Beschaffung, wie beim Urtheil, nach Zwölftafelrecht noch eine dreißigtägige Frist. Erst nach deren Ablauf kann der Kläger sein Recht, das sich im Nichtzahlungsfall auf die gesammte Person des Schuldners erweitert, durch manus iniectio ausüben [11]) und ihn, gleichfalls auf Grund obrigkeitlicher Ermächtigung, als Schuldknecht nach Hause führen [12]). Mit demselben Erfolg konnte also auch freiwillig eine Geldschuld contrahirt werden. — Ist hingegen das Object der Klage eine andere Sache oder Leistung, so muß diese, wieder nach Analogie des Urtheils [13]), erst durch ein arbitrium liti aestimandae

10) Nach Analogie des Befehls: MITTITE AMBO HOMINEM (*Gai.* IV. § 16), wenn der Beklagte contravindicirt hatte.

11) *Lex XII tab.* III. 1. 2. Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. *Gell.* XX. 1, 45. XV. 13, 11.

12) Die Zwölf Tafeln a. a. O. sagen zwar nur: ni iudicatum facit — secum ducito, vincito *rel.*, also nichts von Ermächtigung des Prätors. Aber wozu das in ius ducere, wenn der Kläger keiner Anerkennung seines Rechts durch den Staat bedurfte? Ob durch addictio, darüber s. unten § 53.

13) *Lex XII tab. cit.* rebus iure iudicatis. S. unten § 53.

in eine Summe Geldes verwandelt werden[14]), damit jene die Existenz des Schuldners vernichtende Execution möglich werde.

Auch der von den Partheien, nachdem sie vor Gericht (in iure) erschienen sind[15]), geschlossene Vergleich (pactum)[16]) wird von den Zwölf Tafeln ausdrücklich bestätigt[17]), offenbar um die Abwendung des Rechtsstreits noch im letzten Moment zu fördern. Die dem Vergleich hierdurch beigelegte besondere Rechtskraft zeigt sich darin, daß die erneuerte Klage ipso iure ausgeschlossen ist[18]) und daß die Vergleichssumme als aes confessum durch manus iniectio beigetrieben werden kann.

§ 37. Bestreitet dagegen der Beklagte die rechtliche Behauptung des Klägers (intentio) durch gleich formellen Widerspruch, also er behauptet, eben dieses Recht oder das direct entgegengesetzte stehe ihm selbst zu (contravindicatio) oder er leugnet (negatio, infitiatio) seine Verpflichtung (z. B. das dare oportere) oder die verletzende That (z. B. furtum factum esse)[1]), so ist damit der Streit (contentio) vorhanden, zu-

14) Arg. *L. 6. § 1. 2. D. de confessis* (42, 2). *L. 25. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). adversus confitentem — iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur.

15) Die Stellung der Titel *Dig.* 2, 14. *de pactis*, 15. *de transactionibus* zu 4. *de in ius vocando* ist von jeher auf diese Verbindung schon in den Zwölf Tafeln gedeutet worden. Vgl. auch *L. 22. § 1. D. de in ius voc.* (2, 4) und das Fragment des Gesetzes in Note 17.

16) Pactum = transactio, weil der Kläger nicht leicht ohne Gegenleistung die erhobene Klage fallen lassen wird.

17) *Auct. ad Herenn.* II. 13. Sunt pacta, quae l e g i b u s observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt orato; ni pagunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam conicito. Cf. *Lex XII tab.* I. 6. 7. Die Emendation ratum esto statt orato ist wohl zu verwerfen. Orato bezieht H u s c h k e, oskische Sprachdenkm. S. 105 auf den Kläger, der das Pactum verlautbaren mußte. D i r k s e n, Zwölftafelfragm. S. 73 bemerkt aber mit Recht, daß in diesem Fragmente der Magistrat angeredet werde. Ob dieser den Vergleich ausdrücklich bestätigen mußte?

18) Bei furtum und iniuriae, *Lex XII tab.* VIII. 2. *L. 7. § 14. L. 17. § 4. D. de pactis* (2, 14), aber nicht bloß in diesen Fällen.

1) Der Widerspruch, den der Beklagte der intentio des Klägers entgegensetzt, ist bei den in rem actiones regelmäßig contravindicatio (§§ 40. 41.), nur bei der Servitutenklage negatio (§ 41 Note 20), bei den in personam actiones eigentliche infitiatio, Ableugnung seiner Schuld, wofür indeß auch negatio gesagt wird (§ 43).

gleich, was wir den status causae et controversiae nennen, die Streitfrage und die Beweislast, nehmlich die Verpflichtung des Klägers, den Richter von der Existenz des bestrittenen Rechts zu überzeugen, wenn er durchdringen will, festgestellt.

Sollte aber der Beklagte so leichten Kaufs dem Kläger diese Last zuschieben können? Der Richter ihm soweit Glauben schenken, ohne daß er etwa durch Eid seine Behauptung bekräftigte, den Verdacht bloßer Chicane entfernte?

Das älteste römische Recht schlug zu diesem Behuf einen mehr realistischen Weg ein. Der Beklagte muß zur Bekräftigung seines Widerspruchs eine Summe Geldes in einem Heiligthum (in sacro) deponiren, die gleichsam als ein den Göttern geweihtes Pfand seines guten Glaubens (sacramentum) ihnen, juristisch ausgedrückt dem Aerar zu gottesdienstlichen Zwecken, verfallen soll, wenn er unterliegt, während er es als Sieger zurücknimmt. Zur Bestellung eines solchen Sacramentum provocirt ihn der Kläger. Allein da dieser für seine Behauptung keinen größeren Glauben ansprechen kann, so muß auch er zu deren Bekräftigung auf Provocation des Beklagten die gleiche Summe mit demselben Erfolg als Sacramentum deponiren[2]).

2) *Varro de LL.* V. (36) § 180. Ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Ad pontem sc. Sublicium, d. h. einen daselbst befindlichen, unter der Obhut der Pontifices stehenden Tempelschatz. *Festus* v. *Sacramentum* aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent. Für die Verwendung s. unten Note 9. Die Formel der Provocation bei der Vindication giebt Gai. IV. § 16. Deinde qui prior vindicaverat, dicebat: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO. Adversarius quoque dicebat: SIMILITER EGO TE (u. s. w.) seu L asses sacramenti nominabant. *Val. Prob.* § 4. In legis actionibus haec: (2) QUANDO NEGAS, TE SACRAMENTO QUINGENARIO PROVOCO. Nach der Formel 5. SI NEGAT, SACRAMENTO QUAERITO befahl in gewissen Fällen der Prätor die Bestellung des Sacramentum.

Indem also der Eine und Andere für die Wahrheit seiner Aussage eine gleiche Summe Geldes einsetzt, gehen sie in Bezug auf den Ausgang des Prozesses eine **Wette** ein, wie sie auch sonst nach römischer Sitte bei Rechtsstreitigkeiten, Kampfspielen u. s. w. mit Pfand (pignus) oder Stipulation (sponsio) freiwillig eingegangen zu werden pflegte[3]). Denn daß der Preis dem Sieger zufallen soll, ist zu ihrem Begriff nicht wesentlich[4]). Durch die hier ihm gegebene Bestimmung wurden wie beim Eide die Götter gleichsam zu Zeugen und Schiedsrichtern aufgerufen[5]).

So war das Sacramentum schon vor den Zwölf Tafeln ein wesentliches Stück des ordentlichen Civilprozesses[6]). Diese setzten nun seinen Betrag im Verhältniß zum Streitobject fest: nehmlich auf 500 As für Sachen von 1000 As oder mehr; auf 50 für geringere; ausgenommen den Streit um die Freiheit eines Menschen, wo, um den Eintritt eines Adsertor zu erleichtern, das Sacramentum stets nur 50 As betragen sollte[7]). Später, wo der erweiterte Verkehr das baare Geld höher schätzen ließ, auch Bürgerliches und Heiliges mehr geschieden war, trat die Erleichterung ein, daß das Sacramentum nicht mehr in sacro deponirt, sondern durch Bürgen (praedes) dem Prätor

3) S. **Keller** Civilpr. § 26 S. 100. *L. 3. D. de aleatorib.* (1, 5).

4) Kommt es doch auch bei uns vor, daß Einer sagt: Wenn du Recht hast, will ich so viel den Armen geben.

5) Daß ursprünglich ein wirklicher Eid geleistet und die Summe Geldes im Unterliegungsfall als Eidbuße gezahlt worden, wird weder durch die willkührlichen Combinationen der Definition des Eides und des Sacramentum bei **Festus** (v. *Sacramento* und *Sacramentum M. p.* 344. *a. b.*), noch durch griechische Analogieen bewiesen. **Danz**, der sacrale Schutz S. 151 folg. Jahrbuch des gem. d. Rechts. V. 4. S. 88 folg.

6) *Gai.* IV. § 13. Sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur.

7) *Gai.* IV. § 14., wo zu lesen ist: favore scilicet libertatis, ne onerarentur adsertores *rel.* Der Fehler, der die weitere Entzifferung hemmte, steckt wie sonst öfter im letzten vermeintlich gelesenen Worte, favoris, und von den folgenden Strichen der Scheden gehen mehrere auf Einen Buchstaben. Vgl. **Huschke**, Zeitschr. für gesch. R.-W. XIV. S. 285. Für die Sache s. ferner *Gai. l. c.* §§ 15. 16. *Varro* und *Festus citt.* Note 2.

bestellt[8]) und, wenn es verfallen war, nach Vorschrift der Lex Papiria (a. 511?) durch die Triumviri capitales für das Aerar eingezogen, jedoch immer noch zu gottesdienstlichen Zwecken verwandt werden sollte[9]).

Das Sacramentum war also zunächst eine Bekräftigung der Behauptungen, die der eine und andere Theil von dem Gegner, der Richter von Beiden forderte, gewissermaßen eine Befestigung des Rechtsstreits. Für den Unterliegenden insofern eine Strafe, als er es neben der streitigen Sache verlor und damit für sein materielles Unrecht büßte. Vom legislativen Standpunkt aus betrachtet, wie überhaupt Succumbenzgelder, ein Mittel, vom leichtsinnigen (temere) oder böswilligen (calumnia) Prozessiren abzuschrecken. Hierin war es der sponsio und restipulatio und andern poenae temere litigantium der spätern Zeit ähnlich[10]), nur daß diese auf bestimmte Kla-

8) *Gai.* IV. § 13. Note 8. — praedesque eo nomine Praetori dabantur. § 16. alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti. Ueber diese Form der Bürgschaft s. Mommsen, Stadtrechte S. 466, dem ich jedoch darin (S. 465 Note 27, S. 468) nicht folgen kann, daß der Prozeß durch das Sacramentum die Natur eines iudicium publicum de re privata angenommen. Vgl. unten § 42 Note 1.

9) *Festus* v. *Sacramentum.* — qua de re lege L. Papirii Tr. pl. sanctum est his verbis: „quicunque Praetor posthac factus erit, qui inter cives ius dicet, tres viros capitales populum rogato, hique tres viri capitales quicunque posthac facti erunt sacramenta exigunto iudicantoque“ *rel.* (Vgl. oben § 30 Note 49). Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur id in rebus divinis. Neu war weder die Benennung noch die Verwendung. Für die Chronologie des Gesetzes vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 43 S. 107. Wegen der Bezeichnung des Praetor urbanus muß es nach Einführung des Praetor peregrinus (507) fallen.

10) *Gai.* IV. § 13. Eaque actio (*sc. sacramenti*) perinde periculosa erat . . . . ., atque hoc tempore est actio certae creditae penuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et propter restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat. nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat —, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario. Ueber die angedeutete Lücke des Textes s. *ed. Lachm.* Den neuesten Versuch ihrer Ergänzung in *Huschke's Iurispr. Anteiust.:* falsi iurisiurandi condictio, die sich der Ansicht von Danz (s. Note 5) anschließt, kann ich nach meinem Be-

gen beschränkt und zugleich als Gewinn des Gegners gedacht wurden [11]).

Uebrigens war das Sacramentum nicht bloß pönal, sondern auch präjudicial [12]), d. h. es trat wie die freiwillig eingegangene Wette der Form nach an die Stelle des eigentlichen Streitobjects. Ueber das Sacramentum wurde fortan gestritten (sacramento contendere) [13]) und im richterlichen Urtheil die Wette für gewonnen oder verloren erklärt (sacramentum iustum vel iniustum iudicare) [14]) und damit zugleich über ihren Gegenstand, das Streitobject, entschieden.

Neuere Schriftsteller haben diesem merkwürdigen Institut, dem Sacramentum, eine noch tiefere Bedeutung unterzulegen versucht. Die Quellen wissen davon nichts [15]). Insbesondere muß Verwahrung eingelegt werden gegen die Ansicht, die darin „eine Strafe des Friedensbruchs" sieht, die sacramenti actio für ein „iudicium publicum rei privatae, ein Mulktverfahren wegen Friedensbruch, worin über den Civilanspruch nur durch Adhäsion entschieden worden", erklärt [16]), weil sie den in der

griff vom Sacramentum am wenigsten billigen.

11) *Gai.* IV. §§ 171. sqq. Auf der ersten unlesbaren Seite 247 war ohne Zweifel auch des Sacramentums als ältester Art gedacht.

12) Vgl. *Gai.* IV. § 94.

13) *Gai.* IV. §§ 14. 15. Die Behauptung des Klägers ist zugleich eine an den Beklagten gerichtete Frage, daher *Festus* oben Note 2: sive eo (*sc. sacramento*) quis interrogatur, sive contenditur.

14) *Cic. pro Caec.* 33. *Decl. pro domo* 29.

15) Asverus, Ueber die legis actio sacramenti, Leipz. 1837 und Die Denunciation der Römer, Leipz. 1843 S. 149 folg., dem Huschke in Richters krit. Zeitschr. 1839 S. 465 – 686 wesentlich beigetreten. Wie beim Soldateneid (sacramentum) das Haupt des Streiters im Felde, so soll ursprünglich das des Streiters im gerichtlichen Zweikampf (manum conserere) den Göttern geweiht worden sein. Aber s. Puchta Instit. § 161 (II. S. 86 folg.) Ueber den gerichtlichen Zweikampf s. unten § 40 Not. 18. 19. Diese Ansicht scheint dem fehlerhaften Bestreben entsprungen, eine Sache nicht aus dem, was sie ist, sondern aus einem Andern zu erklären.

16) Rudorff, Rechtsg. II. § 36 S. 127. Vgl. I. § 43. — Auch Huschke, Servius Tullius S. 584 folg., Gajus S. 166 scheint dieser Ansicht zu sein. Ueber multae sacramentum bei *Cic. de re publ.* II. 35. s. oben § 30 Note 48.

Legis Actio so bestimmt ausgesprochenen Charakter des Civilprozesses verkennt[17]).

§ 38. Ueber die eigenthümliche Art des Widerspruchs, da der Beklagte nicht das Recht des Klägers selbst, sondern nur dessen Geltendmachung durch die Klage bestreitet (Einrede), die als in der Natur der Rechtsverhältnisse gegründet schon damals vorgekommen sein muß, wird uns nur soviel berichtet, daß die spätere Form derselben, die exceptio, zur Zeit der Legis Actiones noch nicht in Gebrauch war[1]). Der Grund ist offenbar, weil die strenge legis actio die Einrückung einer Beschränkung oder Bedingung[2]), in welcher der erkennende Richter die Anweisung gefunden hätte, trotz des erwiesenen Rechts, den Beklagten aus einem solchen exceptionellen Grunde von der Klage zu entbinden, nicht zuließ. Weiter ist aber daraus zu folgern, daß solche Einreden, ehe der Beklagte die legis actio seiner Seits vollzog, gleichsam als prozeßhindernde von ihm vorgebracht und durch den Prätor als Präjudicialpunkt erledigt werden mußten.

Auch fehlt es dafür nicht an anderweiter Bestätigung. Nicht bloß in Bezug auf Einreden, welche die Form des Prozesses betreffen, z. B. da der Municipale die Einlassung vor dem Praetor urbanus, der Bürger einer föderirten Stadt vor dem Praetor peregrinus verweigert, beide ein Vadimonium auf die heimathlichen Gerichte zu bestellen bereit sind (exceptio fori)[3]); oder bei sg. exceptiones litis finitae, d. h. der Behauptung des Beklagten, diese legis actio sei durch frühere Anstellung consumirt[4]) oder durch Vergleich (pactum) aufge-

17) Vgl. oben § 35 Not. 9 folg., unten § 40. — Der Verwechslung germanischer und römischer Rechtsbegriffe, die dieser Ansicht zum Grunde liegt, muß um so entschiedener widersprochen werden, als der Nachweis ihres principiellen Gegensatzes nicht die geringste Aufgabe dieses Buches ist.

1) *Gai.* IV. § 108. — nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.

2) Vgl. *L. 77. D. de reg. iuris* (50, 17). *Fr. Vat.* §§ 49. 50.

3) Rudorff, Rechtsg. II. § 5 Note 7.

4) *Gai. cit.* Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.

hoben[5]), wo man die vorläufige Erledigung natürlich finden wird. Sondern auch bei peremtorischen, die Geltendmachung des klägerischen Rechts überhaupt ausschließenden, Einreden, z. B. wenn der Schuldner die Erfüllung, weil er als Minderjähriger übervortheilt worden, nach der Lex Plaetoria (Saec. VI. u. c.) ablehnt, wird diese Frage nicht in die Legis Actio und das Judicium hereingezogen, sondern als Präjudicialpunkt entschieden. Gegen Ende dieser Periode, wo der Prätor auf Specialuntersuchungen sich nicht mehr einließ, ordnete er deshalb eine Sponsion und die Untersuchung und Entscheidung durch einen Judex an[6]). Ebenso muß es mit der Berufung auf lex Cincia (a. 550) gegen die Klage aus einem unmäßigen Schenkungsversprechen und in andern ähnlichen Fällen gehalten worden sein[7]).

Daß überall die Klage als ipso iure ausgeschlossen bezeichnet wird[8]), beruht nicht bloß darauf, daß die Form der exceptio jener Zeit fremd war, sondern auf der Einheit des geltenden Rechtssystems, des alten ius civile, auf welchem sowohl die Legis Actio als der Grund ihrer Versagung durch den Prätor beruht. Doch ist nicht zu verkennen, daß eben dieser Einheit wegen[9]), vermöge deren die Aufhebung wie die Begründung der Rechte regelmäßig einen absoluten Charakter hatte[10]), die Fälle der Einrede seltener sein mußten, ja daß der

5) S. § 36 Note 18.

6) *Plautus, Rudens* V. 3, 24. *Paul. L. 7. § 1. D. de except.* (44, 1). Vgl. Savigny, Zeitschr. X. S. 248, System V. S. 181. Keller, Civilpr. S. 141.

7) Einen andern Weg freilich schlug die lex Furia de sponsu ein; sie ließ die Klage auf das Ganze gegen den einzelnen Sponsor zu, gab ihm aber nachher die pro iudicato manus iniectio gegen den Gläubiger auf Erstattung des über den Kopftheil Gezahlten (*Gai.* IV. § 22.), wovon der unsichere Text *Gai.* III. § 121 vielleicht eine Andeutung enthielt. Durch die drohende manus iniectio sollte der Gläubiger bewogen werden, seine Klage auf die portio virilis zu beschränken, ein Umweg, der die Unbeholfenheit der Legis Actio und den Mangel der exceptio recht fühlbar macht.

8) S. Note 4 und § 36 Note 18.

9) Die Mehrzahl der späteren Exceptionen, ja ihr Begriff beruht nach *Gai.* IV. §§ 116. sqq. auf dem Gegensatz des ius civile und der aequitas, die als System erst später zur Entwicklung kam.

10) Vgl. z. B. usucapio und longi temporis praescriptio u. A.

Mangel einer eigenthümlichen Prozeßform und eines technischen Namens der Ausbildung ihres Begriffes nicht günstig war.

Wir betrachten nun, wie bei den Hauptarten der Legis Actiones die Prozeßform der getreue Ausdruck des rechtlichen Inhalts war.

---

b. In rem actiones.

§ 39. Die in rem actiones eignen sich vorzugsweise zu dem Nachweis, wie der Rechtsstreit seiner rechtlichen Natur nach in der Prozeßform dieser Zeit ausgeprägt war; einmal weil wir hier verhältnißmäßig die vollständigsten Nachrichten haben; sodann weil bei diesen Klagen, die allemal auf ein von vornherein bestimmtes Object (res certa) gehen, der ordentliche Civilprozeß, die sacramenti actio, ohne Ausnahme Anwendung fand, diese aber jene Eigenthümlichkeit am reinsten darstellt.

In rem actio κατ' ἐξοχὴν [1]) oder in bestimmtem Bezug auf die älteste Prozeßform rei vindicatio [2]), nennen noch die juristischen Classiker die Eigenthumsklage, weil diese auf eine Sache im ursprünglichen Sinn des Wortes (res corporalis) gerichtet ist, alle andern in rem actiones nur in abgeleiteter Bedeutung so heißen können. Auch war deren Form jener nachgebildet.

Diese älteste Prozeßform der Eigenthumsklage nun, wie wir sie aus Gaius' die frühern Zeugnisse ergänzendem Bericht kennen lernen [3]), zeigt, daß die Römer schon damals, obgleich ihnen das Wort für Eigenthum noch fehlte [4]), den Begriff

1) *Gai.* IV. §§ 51. 86. 87. 89. *L. 1. § 1. L. 23. pr. D. de rei vind.* (6, 1) und sonst.

2) *Gai.* IV. § 8. *L. 1. D. fin. reg.* (10, 1). *Dig.* 6, 1. *de rei vindicatione.*

3) *Gai.* IV. §§ 16. 17. *Gell.* XX. 10. *Cic. pro Mur.* 12.

4) Als abstracter Begriff. Denn mancipium ist 1) die Handlung, das manu capere = mancipatio, dann 2) freilich auch das durch sie begründete Recht, Eigenthum, und 3) ihr Gegenstand, der Sclave. Der gewöhnlichste Ausdruck dieser Zeit: res ex iure Quiritium mea est bezeichnet eben nur die allgemeine Zugehörigkeit der Sache.

desselben, der in unser heutiges Recht übergegangen, in größter Bestimmtheit und Reinheit aufgefaßt hatten. Als absolute rechtliche Herrschaft über die Sache ist es von der Seite des berechtigten Willens durchaus abstracter Natur, also nur durch sein Object, je nachdem dieses ein Haus, ein Acker, oder ein Sclave oder was sonst ist, individualisirt. Hieraus erklärt es sich, daß in der römischen Rechtssprache nicht bloß in Bezug auf den Eigenthumsverkehr, sondern auch beim Rechtsstreit die körperliche Sache an der Stelle des Rechts als Object bezeichnet wird [5]).

Aus demselben Grunde mußte bei Eröffnung und Instruction des Eigenthumsprozesses vor Allem über dieß Object desselben, die Sache, volles Einverständniß aller Betheiligten herbeigeführt werden, was am einfachsten und sichersten dadurch geschah, daß beide Partheien und der Prätor durch den Augenschein sich von der Existenz und Identität der Sache überzeugten. Zugleich wurde dadurch constatirt, daß einer von beiden streitenden Theilen Besitzer, die Sache selbst überhaupt in medio, nicht etwa im Besitz eines Dritten sei und dem Sieger dereinst überliefert werden könne, also auch der practische Erfolg des Rechtsstreits dadurch gesichert [6]).

Zu diesem Behuf wurden bewegliche Sachen (mobilia et moventia), wo dieß ausführbar war, zur Gerichtsstätte gebracht und an ihnen die Legis Actio vollzogen [7]). Für ihre Herbeischaffung hat, wie für die in ius vocatio des Beklagten, zunächst der Kläger zu sorgen, der also z. B. den vindicirten Sclaven, wo er ihn findet, ergreift und ins Gericht bringt [8]), gegen den Widerstand des Besitzers aber durch den Befehl des

5) Note 1 und 2.

6) Nach der gewöhnlichen Darstellung der Neuern wurde die Gegenwart der Sache zum Behuf des symbolischen Kampfs (manum conserere) verlangt, das oben Hervorgehobene betrachtet man als einen mehr zufälligen Nebenvortheil.

7) *Gai. l. c.* § 16. Si in rem agebatur, mobilia et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum. Vgl. Note 18.

8) So M. Claudius in der Sache der Virginia. *Liv.* III 34.

Prätors und seine Lictoren geschützt wird[9]). Kommt die Verhandlung im ersten Termin nicht zu Ende, so muß der Besitzer auch dafür, daß die Sache im zweiten Termin zur Stelle sein werde, Bürgschaft geben[10]). Leugnete der Beklagte den Besitz der beweglichen Sache ab, so konnte der Kläger sie als res furtiva unter gleichem Schutz und in Gegenwart von Zeugen selbst in dessen Hause suchen[11]). Nur Baustücke, Steine, Hölzer u. s. w., die bereits in ein Gebäude oder einen Weinberg verwendet sind, sollten nach Vorschrift der Zwölf Tafeln, so lange sie in diesem Verband sind, überhaupt nicht vindicirt, statt dessen aber durch eine Pönalklage (actio tigni iuncti) das Doppelte ihres Werthes gefordert werden[12]). Alles dieß nur, weil die Gegenwart der beweglichen Sache vor Gericht zu ihrer Vindication schlechterdings nothwendig war.

Bei dem Streit um ein Grundstück, wo nicht nur die Identität, sondern auch die Begrenzung desselben von größter Bedeutung ist, verfügte sich der Prätor mit den Partheien an Ort und Stelle und nahm hier die Verhandlung vor. So zur Zeit der Zwölf Tafeln[13]). — Gegen das Ende dieser Periode, als

9) Wie bei der in ius vocatio (*Dig.* 2, 5. *si quis in ius vocatus non ierit*), so wurde auch hier später gegen den Widerspänstigen als Verächter des magistratischen Imperiums eine Pönalklage gegeben. *L. 1. § 1. D. si quis ius dicenti non obtemperaverit* (2, 3). — velut si quis rem mobilem a se vindicari non passus est, sed duci vel ferri passus est, d. h. er hat dem Befehl des Prätors nicht gehorcht, sondern es auf Gewalt ankommen lassen Vgl. Wetzell, der römische Vindicationsprozeß S. 13 folg. — Auf Herbeischaffung der Sache selbst ging später die actio ad exhibendum.

10) *Liv.* III. 45. Decret des Decemvir Appius Claudius, ungerecht nur, weil contra libertatem: placere — interea iuris sui iacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

11) *Gai.* III. §§ 185. 192. sqq. *Festus epit.* v. *Lance et licio. Plaut. Merc.* III. 5, 20. Rudorff, Rechtsg. II. § 106 S. 351.

12) *L. 1. pr. D. de tigno iuncto* (47, 6). *L. 7. § 10. D. de acq. rer. dom* (41, 1). *L. 23. § 6. D. de rei vind.* (6, 1). *L. 63. D. de don. inter vir.* (24, 1). Ueber die hieran sich knüpfende Controvers des spätern Rechts s. Puchta, Kleine Schriften S. 392 folg.

13) *Gell. l. c.* § 8. Correptio manus (= vindicatio) in re atque in loco praesenti apud Praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: Si qui in iure manum conse-

mit der römischen Herrschaft auch der Geschäftskreis des Prätors sich erweitert hatte, wurde das Verfahren in einer Weise modificirt, die ihm die Reise ersparte, den Zweck aber gleichfalls sicherte. Nachdem die Verhandlung an ordentlicher Gerichtsstätte mit bestimmter Bezeichnung des streitigen Grundstücks eröffnet ist[14]), fordert der Kläger den Beklagten auf, ihm an Ort und Stelle zu folgen[15]). Auf Befehl des Prätors gehen Beide mit Zeugen[16]) dahin, verständigen sich über den Gegenstand des Streits und bringen zum Beweise ein Stück desselben, eine Scholle des Ackers, einen Ziegel des Gebäudes mit zurück, an welchen statt des Ganzen die Legis Actio in iure vollzogen wird[17]). — Noch später, zu Cicero's Zeit, war man in Umbildung dieser Legis Actio abermals einen Schritt weiter gegangen. Vor eröffnetem Prozeß, nach freier Verabredung, gingen die Partheien zu dem Grundstück hin, verständigten sich und erschienen nun erst vor Gericht. Die hier noch stattfindenden gegenseitigen Aufforderungen der Partheien zur Hin- und

runt. Ueber dieß manum conserere, den Scheinkampf um die Sache s. § 40.

14) *Cic. l. c.* Formel: FUNDUS *(sc. Cornelianus)*, QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR, EUM EGO EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO.

15) *Cic. l. c.* Formel: INDE EGO TE EX IURE MANUM CONSERTUM VOCO. *Val. Prob.* § 4, 4. Ex iure manum consertum vocavit. *Varro de LL.* VI. 63. Diesen Ausdruck ex iure manum consertum vocare hatte Ennius, zu dessen Zeit also verfahren wurde, figürlich gebraucht, was Gellius *l. c.* § 9 Veranlassung gab, die Sache also zu beschreiben: Sed postquam Praetores propagatis Italiae finibus – proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur: institutum est, contra duodecim tabulas, tacito consensu, ut litigantes non in iure apud Praetorem manum consererent, sed ex iure manum consertum vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret.

16) *Cic. l. c.* Formel des prätorischen Befehls: SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRAESENTIBUS ISTAM VIAM DICO. INITE VIAM. *Festus* v. *Superstites.*

17) *Gell. l. c.* — atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad Praetorem deferrent, atque in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent. *Gai. l. c.* § 17. si — de fundo vel de aedibus — controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio: velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula. *Festus* v. *Vindiciae.*

Rückreise, der Befehl des Prätors sie anzutreten, dem durch Entfernung auf einige Schritte und die sofortige Rückkehr mit der unweit des Tribunals deponirten Scholle genügt ward, Alles dieß war nun allerdings leere Formalität[18]), die Identität des Streitobjects zum Behuf der Prozeßinstruction aber auch so festgestellt.

Auch bei beweglichen Sachen, deren Transport vor Gericht nicht wohl ausführbar war, fand die Verhandlung ursprünglich an der Sache selbst, später an einem Theil derselben statt[19]).

§ 40. Die Verhandlung selbst an der in iure gegenwärtigen beweglichen Sache war dann folgende.

Der Vindicant, d. i. der Kläger, hält in der einen Hand einen Stab, ergreift mit der andern die Sache, z. B. den Sclaven, und spricht die feierlichen Worte:

HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO: — ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI.

Zugleich legt er den Stab der Sache auf[1]).

Das Ergreifen der Sache sieht einer eigenmächtigen Besitzergreifung ähnlich, kann aber Angesichts des Gegners, der sie ihm streitig macht, und der richterlichen Autorität des Prätors, überdieß vielleicht nur an einem Stück der Sache vorgenommen, natürlich eine solche nicht sein, sondern ist, wie bei der Man-

18) *Cic. l. c. Gell. l. c.* § 1. EX IURE MANUM CONSERTUM verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud Praetorem solent.

19) *Gai. l. c.* § 17. Si qua res talis erat, ut non sine incommodo posset in ius adferri vel adduci, veluti si (*navis aut*) columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, — ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferrebatur, ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur *rel.*

1) *Gai.* IV. § 16. Qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et dicebat: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. et simul homini festucam imponebat. Wegen des Ergreifens der Sache wird die Vindication durch manu adserere bezeichnet. *Plaut. Rudens.* IV. 3, 45 (973).

cipation[2]), nur ein Symbol, nehmlich der bildliche Ausdruck seines Willens, das Recht an der Sache und dessen Ausübung, den Besitz, für sich in Anspruch zu nehmen. Diese Absicht wird auch hier wie dort durch die gesprochenen feierlichen Worte, in denen er behauptet, die Sache sei nach Quiritenrecht sein, bestätigt. Aber freilich nicht durch ein friedliches Rechtsgeschäft, das bei der Mancipation durch Wage und Erz versinnlicht wird, will er Eigenthümer werden[3]), sondern im Widerspruch der Willen sein Recht behaupten. Deshalb legt er zu gleicher Zeit den Stab, anstatt einer Lanze (hasta), des Symbols ausschließlicher Herrschaft[4]), der Sache auf und bezeugt auch dieß dem Gegner[5]), dessen Anspruch gleichsam abwehrend. Von diesem symbolischen Theil, der Scheingewalt, heißt die ganze Handlung vindicatio rei[6]).

Bemerkenswerth ist, daß in der Formel, die den dem Rechtsstreit zum Grund liegenden Gedanken am bestimmtesten ausspricht, im entschiedensten Gegensatz mit den entsprechenden Formeln des ältesten deutschen Rechts[7]), der Kläger seinen Gegner nicht des widerrechtlich angemaßten Besitzes beschuldigt, auch nicht einmal die Herausgabe desselben von ihm fordert,

2) *Gai.* I. § 118a. — is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. *Ulp.* XIX. 6. manu capi.

3) Denen die ferneren Worte entsprechen: ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA. *Gai. cit.* II. § 104. III. § 167.

4) *Gai.* IV. § 16. festuca autem utebantur hastae loco, signo quodam iusti dominii.

5) *Gai. cit.* ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. Vindicta = festuca s. unten Note 23. Das tibi kann nur auf den Gegner, nicht mit Wetzell, röm. Vindicationsprozeß S. 50 auf den Sclaven bezogen werden, weil dieser als Person vor Gericht gar nicht in Betracht kommt.

6) Vindicia bei *Gell.* XX. 10, 7, s. Note 9, ist für die Handlung, wenn ächter Kunstausdruck, ein *ἅπαξ λεγόμενον*. S. unten Note 23.

7) Malo ordine tenes terram illam, malo ordine te subtraxisti de servitio meo u. s. w. sind die stehenden Formeln der Vindication zur Zeit der Volksrechte. S. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer II. S. 855. I. S. 4. 33. Nur um meinen Gedanken klar zu machen, habe ich hier vorgegriffen; den durchgreifenden Gegensatz der germanischen und römischen Auffassung des Rechtsstreits nachzuweisen, bleibt dem zweiten Theil vorbehalten.

sondern nur sein Recht an der Sache und dessen Ausübung ihm gegenüber behauptet. Die Legis Actio ist nicht ex maleficio, überhaupt nicht in personam, sondern in rem.

Wie aber verhält sich nun dieser Widersacher dazu? Nach unsern Begriffen erwartet man, rein abwehrend, das Recht des Klägers leugnend. Wirklich aber thut und sagt er dasselbe wie dieser[8]), d. h. auch er ergreift die Sache mit der Hand, legt ihr seinen Stab auf und spricht dieselben feierlichen Worte[9]); also auch er nimmt das Eigenthum der Sache und dessen Ausübung für sich in Anspruch. Es ist gewissermaßen eine Widerklage und heißt auch contra vindicare[10]).

Die Partheirollen waren also bei dieser ersten Verhandlung des Rechtsstreits vollkommen gleich und es entsprach dieß der schon bemerkten Eigenthümlichkeit derselben, wonach die thatsächliche Verletzung des klägerischen Rechts, die widerrechtliche Anmaßung des Besitzes, überhaupt der Besitz des Beklagten, obgleich Voraussetzung der Klage, doch nicht als Fundament derselben zum Ausdruck kam. Die Legis Actio stellt den reinen Rechtsstreit, den Conflict zweier hypothetisch gleich berechtigter Willen dar, der vollständig nur da vorhanden ist, wo Beide das Eigenthum derselben Sache für sich in Anspruch nehmen. Der Besitzer haftet also der Klage nicht als solcher, sondern nur insofern er sich das Eigenthum zuschreibt. Der Besitzer in fremdem Namen aber, der Depositar, Pächter, Verwalter u. s. w. war zur Uebernahme der Eigenthumsklage nicht legitimirt[11]); nicht in eigenem Namen, weil er in Bezug auf die Eigenthumsfrage ein Dritter, auch wesentlich dabei nicht inter-

8) *Gai. cit.* Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.

9) *Gell.* XX. 10, 7. Nam de qua re disceptatur in iure in re praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est „vindicia".

10) *Gai.* I. § 134. illo contra non vindicante. II. § 24. an contra vindicet. Von beiden Partheien braucht *Gai.* IV. § 16. den Ausdruck vindicare.

11) Für die spätere Zeit behaupteten dieß einige Juristen, wie Pegasus, mit Unrecht, wegen der völlig veränderten Natur der Eigenthumsklage. *L. 9. D. de rei vind.* (6, 1). S. unten § 90.

essirt ist; nicht im Namen seines Herrn, weil die Legis Actio keine Vertretung zuläßt. Dieser mußte selbst für die Sache eintreten, wie denn schließlich der Verlust des Prozesses ihn trifft. Umgekehrt konnte um dieses letztern Grundes willen, wenn er sein Eigenthum von einem Dritten ableitete, dieser sein Auctor, der ihm zur Evictionsleistung verpflichtet war [12]), zwar nicht als Contravindicant, aber unter der Form einer eigenthümlichen Legis Actio als Intervenient die Sache übernehmen [13]).

Die mit den feierlichen Wechselreden der Partheien verbundene Handlung war also eine symbolische, ein Scheinkampf (manum conserere) [14]), der den Rechtsstreit abbildete. Die oben nach Gaius gegebene Beschreibung desselben, insbesondere das Ergreifen mit der Hand, war aber nur auf eine bewegliche Sache und bei einem vindicirten Grundstück auf den stellvertretenden Theil desselben anwendbar [15]). Insofern das manum conserere in Bezug auf das Grundstück selbst stattfand, also nach Zwölftafelrecht, und, wie es scheint, auch später neben der vor dem Prätor an der Scholle vollzogenen Vindication [16]), muß es, dem Object entsprechend, einen etwas abweichenden Charakter gehabt haben [17]). Immer aber lag diesem Scheinkampf kein tieferer Sinn zum Grunde, als dem Willen nicht bloß durch Worte, sondern auch durch die That Ausdruck zu geben, wie der Naturmensch, insbesondere der Südländer in

12) *Plaut. Curc.* IV. 2, 4. sqq. V. 2, 66. sqq. V. 3, 31. *Varro de re rust.* II. 10, 5. *Paul. rec. sent.* II. 17. § 3.

13) *Val. Prob.* § 4, 7. *Cic. pro Mur.* 12. *pro Caec.* 19. *Varro cit.* oben § 34 Note 1. Rudorff, Rechtsgesch. II. § 36 Note 20.

14) *Gell.* XX. 10, 6. sqq. Vis civilis et festucaria nennt er sie, Ennius erläuternd, im Gegensatz der vis bellica et cruenta.

15) *Gai.* IV. § 17. — in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio: velut ex fundo gleba *rel.*

16) Der Ausdruck ex iure manum consertum vocare deutet darauf, daß auch zu Ennius' Zeit am Grundstück selbst ein Scheinkampf statt fand und Gellius (XX. 10, 9) sagt es ausdrücklich.

17) Die deductio quae moribus fit, welche zu Cicero's Zeit bei der Sponsionsklage statt fand, mag daran angeknüpft haben. S. unten § 89.

seiner sinnlichen Lebendigkeit durchweg die Rede mit entsprechenden Zeichen begleitet. Der Gebrauch einer wirklichen Lanze als Zeichens der beanspruchten Herrschaft über die Sache, an deren Stelle später der friedliche Stab trat, war in der heroischen Königszeit um so natürlicher, als die Quiriten (Lanzenmänner), wie die Achäer des Homer, damals noch bewaffnet auf dem Markt erschienen. In dem Centumviralgericht des S. Tullius, das dann über jenen Anspruch zu entscheiden hatte, mußte folgerichtig dasselbe Symbol aufgepflanzt werden. Die Spätern aber erinnerten sich dabei gern des mythischen Ursprungs der Stadt aus einem kleinen Raubstaat inmitten feindlicher Nachbarn und wie sie dann Schritt für Schritt, die Waffen in der Hand, Reichthum, ja die Herrschaft der Welt gewonnen hatte [18]).

Neuere haben in dem manum conserere ein Ueberbleibsel des Gottesurtheils durch gerichtlichen Zweikampf zu finden geglaubt [19]). Daß ein solches in vorhistorischer Zeit bei italischen Völkern Sitte gewesen, hätte nichts Auffallendes [20]). Aber wie die Römer dazu gekommen sein sollten, das Andenken dieses barbarischen Gebrauchs durch ein Symbol zu erhalten, ist nicht abzusehen [21]).

Nicht minder steht die andre Ansicht, wonach jener Schein-

18) *Gai.* IV. § 16. — signo quodam iusti dominii: maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Puchta Instit. I. S. 624: „Diese Bemerkung sieht — einer den römischen Kriegsruhm erhebenden Phrase ähnlicher als einem juristischen Gedanken". — Bekanntlich war die hasta auch das Symbol des Mars, aber ich verzichte auf den Versuch, die Vindicien mit römischer Theologie in Verbindung zu bringen.

19) Asverus, Ueber die legis actio sacramenti. Leipz. 1837. 8.

20) So wenig als daß nach der Erwähnung bei Sophokles der fränkische Kesselfang den gemeinschaftlichen Urältervätern der Hellenen und Germanen bekannt war. Ob Nicolaus Damascenus für die Sitte der alten Umbrer (Asverus a. a. O. S. 12 folg.) ein sicherer Zeuge ist, bleibe dahingestellt.

21) Puchta, Instit. II. § 161 Note n bemerkt treffend, daß nach dieser Ansicht, im Widerspruch mit dem Wesen des Symbols, ein rein Körperliches, der Zweikampf, durch ein relativ Geistigeres dargestellt worden wäre, und daß analog die Confarreatio bei der Eheschließung als Ueberbleibsel des Hochzeitsschmauses betrachtet werden müßte.

kampf „eine Kundgebung fortdauernden Friedensbruchs" sein soll, „durch welche die Nothwendigkeit obrigkeitlichen Einschreitens constatirt werde"[22]), mit der römischen Grundanschauung vom Rechtsstreit, wie sie die Worte eben dieser Legis Actio so deutlich ausdrücken, im Widerspruch. Zwar beruft man sich dafür auf den etymologischen Sinn der Wörter vindicatio, vindicta, vindiciae[23]). Allein, wenn das Wurzelwort vindicere = vim dicere durch „Gewalt zeigen" zu übersetzen ist, so deutet es eben nur auf jene symbolische Gewalt vor Gericht[24]), durchaus nicht auf eine gewaltsame Dejection, einen Friedensbruch, der dem Rechtsstreit hypothetisch zum Grunde läge. Freilich führt die Etymologie auch dieser Worte auf eine Uranschauung der Stämme, aus denen das römische Volk hervorgegangen, zurück, wonach Rache und Recht verwandte Begriffe sind, auf einen Zustand, wo nur Gewalt mit Gewalt vertrieben wurde[25]). Aber für die ausgebildete Rechtsanschauung

22) Rudorff, Rechtsgesch. II. § 36 S. 128.

23) Nach O. Müller's Etymologischen Erörterungen von Rechtsausdrücken 1. vindex, vindiciae, vindicere, vindicare, vindicta Rhein. Mus. f. Jurispr. V. S. 190 folg. „ist von dem alten Worte vindicere = vim dicere, Gewalt zeigen (δεικνύναι), abgeleitet vindicia, vindiciae für die symbolische Gewalthandlung vor Gericht (*Gell.* XX. 10, 7. Festus v. *Vindiciae* und *Superstites* braucht es für den Gegenstand dieser Handlung, die Sache oder das stellvertretende Stück derselben); Praetor vindicias dat, dicit secundum alterum eorum (vgl. § 42) heißt, er gestattet ihm die Gewalt zu gebrauchen, er befiehlt dem Gegner die von jenem gebrauchte Gewalt nicht zu hindern, räumt ihm den Besitz ein. (In praedes litis et vindiciarum bezeichnet Letzteres den aus dem Besitz sich ergebenden Vortheil, die Früchte.) Vindex ist der Dritte, der den verhafteten Schuldner befreit (*Lex XII tab.* III. 3. ni — quis endo em iure vindicit. *Gell.* XX. 1, 45. *Festus* v. *Vindex*), mit einer Gewalt einschreitet, die eben deshalb, weil sie rechtmäßig ist und ihr nicht widerstanden werden darf, eine fingirte wird; vindicare von vindex gebildet, bezeichnet die Handlung der vindicia, die fingirte Gewalt und dann die ganze in rem actio, bei der sie vorkommt; vindicta = vim dicta, für quae vim dixit, die die Gewalt ankündigende Lanze". Einzelnes bedarf vielleicht einer grammatisch-juristischen Revision.

24) So auch deuten es *Festus* v. *Vindiciae*. — quod potius dicitur vis, quam fit und *Gell.* XX. 10, 10. vim — quae verbo diceretur, non quae manu fieret.

25) In diesem Sinne sagt *Gai.* III. § 94. — iure belli res vindicatur.

der Zwölf Tafeln und ihrer Zeitgenossen ist dieß gleichgültig; für diese ist festzuhalten, daß die rei vindicatio und eine sg. actio vindictam spirans nach Form und Inhalt den reinsten Gegensatz bilden.

Unserer Deutung dieser bildlichen Handlung, wonach beide Theile die Sache nur ergreifen, um ihren Rechtsanspruch dem Gegner und dem Richter kund zu thun, entspricht es auch, daß sie dann beide auf Befehl des Prätors die Sache loslassen, seiner eventuellen Entscheidung sich unterwerfend[26]).

§ 41. Auf die Verfolgung des Eigenthums an einer einzelnen Sache war aber diese Legis Actio (vindicatio) nicht beschränkt. Denn das Eigenthum ist nach römischer Ansicht nur Ein Zweig der ausschließlichen und unumschränkten Herrschaft, die der Hausvater (pater familias) oder Hausherr (dominus) über das ganze Haus (domus)[1]) und alles was von Personen, Freien (liberi) oder Knechten (servi), und Sachen (familia pecuniaque)[2]) dazu gehört, ausübt.

Deshalb ist 1) auch nach seinem Tode der gesammte sächliche Hausbestand, sein Nachlaß, noch eine Einheit (familia = hereditas)[3]), an welcher der Erbe sein Recht gegen jeden Dritten durch eine hereditatis vindicatio geltend

26) *Gai.* IV. § 16. Cum uterque vindicasset, Praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM; illi mittebant.

1) *L. 195. §. 2. D. de verb. sign.* (50, 16). *Ulp.* Paterfamilias — appellatur, qui in domo dominium habet.

2) Der etymologische Sinn auch dieser Worte führt in eine Vorzeit, wo, wie bei den Germanen des Tacitus, Sclaven (famuli) und Heerdenvieh (pecus) den Hauptreichthum der latinischen Stämme bildeten, am Grund und Boden nur wechselnder, von der Gemeinde angewiesener Besitz stattfand, ist aber für die Römer, bei denen Acker und Weinberg im Sondereigen eine so große Rolle spielt, nicht mehr zutreffend. Nun bezeichnet pecunia den sächlichen, familia den persönlichen Hausbestand, die Sclaven und die Freien. Doch wird familia auch für diese und jene allein und endlich auch mit Ausschluß der letztern für das Vermögen gebraucht. *L. 195. §§ 1.* sqq. *L. 196. D. de verb. sign.* (50, 16). *Gai.* II. §§ 102. 104. Vgl. die folgenden Noten. Domus für die Gesammtheit der freien Glieder des Hauses bei *Ulp.* XX. 3. 6. u. sonst.

3) *Lex XII tab.* V. 4. — agnatus proximus familiam habeto. *L. 195. § 1. cit.*

machen kann. Diese steht der Form und Sache nach der rei vindicatio am nächsten. Denn es ist nur die Gesammtheit der körperlichen Erbschaftssachen, die der Erbe als sein Eigenthum (HEREDITATEM MEAM ESSE) in Anspruch nimmt [4]), indem er freilich die darauf ruhenden Lasten, Sacra und Schulden, und die daran klebenden Rechte, insbesondere die Forderungen mit überkömmt [5]). Konnte diese Gesammtheit doch auch von dem Erblasser mancipirt (familiae venditio) [6]) und nach seinem Tode usucapirt werden (usucapio hereditatis) [7]). Wie in ältester Zeit an ihr die Vindicien vollzogen wurden, ob etwa an Haus, Hof und Garten des Verstorbenen, als dem Mittelpunkt seiner Herrschaft [8]), wissen wir nicht. Später geschah es an einer einzelnen Erbschaftssache, die zu dem Ende vor Gericht gebracht wurde [9]).

2) Ferner wird das Kind (filius, filia familias), obgleich vermöge seines unzerstörbaren Geburtsrechts zu den freien Gliedern des Hauses (liberi) gehörig, wie es vom Vater dem Knechte gleich getödtet (vitae necisque potestas) und verkauft werden kann (mancipium), so auch von jedem Dritten vindicirt [10]). Ohne Zweifel auch mit Vorführung desselben auf Befehl des Prätors zum Behuf der Vindicien [11]). Aber die

4) *Gai.* IV. § 17. Similiter si — de hereditate controversia erat *rel.* S. Note 9.

5) *Gai.* II. §§ 35. sqq. 55. III. § 88. Das Eigenthum der Erbschaftssachen ging auf mehrere Erben pro parte über und ebenso schon nach Zwölftafelrecht die daran haftenden Forderungen und Schulden. *L. 6. C. f. fam. erc.* (3, 30).

6) *Gai.* II. §§ 102. sqq.

7) *Gai.* II. § 54. — olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur.

8) Villa, hortus, heredium (Erbgut) waren synonyme Begriffe, wie noch bei *Gai.* IV. § 17. fundus, aedes, hereditas in Bezug auf die Vindicien zusammenstehen.

9) *Gai. l. c.* — pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio: velut ex fundo gleba, — et si de hereditate controversia erat, aeque . . . Das Folgende ist verloren.

10) Man könnte hiernach sagen: patria potestas ad instar proprietatis respicit. Daher sie auch analog nach latinischem Recht möglich war. *Lex mun. Salpens. c.* 22.

11) Dieser präparatorische Exhibitionsbefehl, das interdictum de liberis exhibendis, konnte später

Formel war eine eigenthümliche, die es als Kind in väterlicher Gewalt, nicht als Sache im Eigenthum bezeichnet [12]). — Ferner andere fremdem Recht unterworfene freie Menschen, die uxor in manu, weil filiae loco, der mancipatus, weil servi loco, der iudicatus u. A. [13]). Ja, selbst das nach der natürlichen Auflösung des Hauses durch den Tod des Vaters übrigbleibende ius familiae, die agnatische Tutel über Frauen, konnte im Interesse des dadurch geschützten Erbrechts vindicirt werden [14]).

3) Wird ein Mensch als Sclave vindicirt, so kann der Contravindicant als Adsertor behaupten, er sei ein freier Mensch, und umgekehrt. Natürlich abermals mit einer eigenthümlichen Formel [15]), sonst aber in den Formen der vindicatio, insbesondere dem Scheinkampf mit der Vindicta, durch die er ihn gleichsam der von dem Andern behaupteten Knechtschaft entreißt [16]). Also der Streit um Freiheit oder Sclavenstand eines Menschen nahm, im Anschluß an den Eigenthumsprozeß, die Gestalt einer vindicatio in servitutem und contravindicatio in libertatem, oder umgekehrt, an. Die Exhi-

in dem an dasselbe sich anschließenden Judicium zur Entscheidung der Sache selbst führen. *Dig.* 43, 30.

12) *Gai.* I. § 134. (Scheinvindication) bei der adoptio — vindicat apud Praetorem FILIUM SUUM ESSE. *L. 1. § 2. D. de rei vind.* (6, 1). *Ulp.* — Pomponius lib. 37. nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet. Si quis ita petit FILIUM SUUM IN POTESTATE EX IURE ROMANO: — ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

13) Arg. *Gai.* III. § 199.

14) Die fingirte Vindication bei der in iure cessio läßt auf die Möglichkeit einer ernstlich gemeinten schließen. *Gai.* I. § 168. *Ulp.* XI. § 6.

15) HUNC EGO HOMINEM LIBERUM ESSE AIO oder ähnlich. Insofern er diesen als den Berechtigten nennt, ist die legis actio alterius nomine gefaßt. cf. *Gai.* IV. § 93.

16) Manu adserere liberali causa ist dafür technischer Ausdruck. *Plaut. Poen.* IV. 2, 84. V. 2, 4. 142. und sonst oft. Daher bei der Scheinvindication zum Behuf der Freilassung nicht bloß der Dominus, der als Vindicant auftrat und die addictio der Freiheit geschehen ließ (s. *L. 19. § 4. D. de castr. peculio* (49, 17). *L. 14. § 1. D. de manum.* (40, 1). *L. 12. § 2. D. de lib. causa* (40, 12), sondern auch der den Adsertor vorstellende Lictor der Festuca sich bediente (*Persius* V. 175. Non in festuca, lictor quam iactat ineptus), was Wetzell, röm. Vindicationsprozeß S. 50 übersehen hat.

bition des Menschen zum Behuf der Vindicien vor Gericht konnte der Adsertor durch prätorischen Befehl erzwingen[17]).

Auf diese verschiedenen Rechtsgründe der Vindication eines Menschen, nicht auf den Erwerbungsgrund des Eigenthums[18]), ist wahrscheinlich die räthselhafte causa zu beziehen, die in den uns überlieferten Formeln vorkommt. Bei der gewöhnlichen Eigenthumsklage sollen die Worte des Vindicanten:

SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI[19])

bestätigen, daß er ein einfaches meum ex iure Quiritium an dem Menschen behaupte. Daß nun auch der Gegner in der contravindicatio ihn in demselben Sinne und nicht etwa als Sohn oder als freien Menschen (ex liberali causa) in Anspruch nehme, darauf geht die Frage des Vindicanten:

POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS?

und die bestätigende Antwort:

IUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI[20]).

4) Endlich hatte die schon im ältesten Recht zugelassene Ablösung einzelner Eigenthumsrechte, als z. B. des Nießbrauchs im Gegensatz der Proprietät und der die Grenze des Eigenthums

17) Dieß war die ursprüngliche Bedeutung des Interdictum de homine libero exhibendo. *Dig.* 43, 29. Für das spätere Recht s. *L. 3. § 7. eodem.* Ohne Zwang erfolgt die Vorführung zugleich mit der in ius vocatio bei *Plaut. Persa* IV. 9, 15.

18) Man könnte denken, der Vindicant beziehe sich durch die Worte: SECUNDUM SUAM CAUSAM SICUT DIXI auf den in den vorausgehenden unförmlichen Erklärungen ausgedrückten Erwerbungsgrund, der Contravindicant verweigere arg. *L. 11. C. I. de pet. her.* (3, 31) dessen Angabe. Allein selbst in der formula petitoria, die sich der persönlichen Klage näher anschloß, war die Angabe dieser causa remota nicht nothwendig. (*L. 14. § 2. L. 11. § 2. D. de exc. rei iud.* 44, 2); in der Legis Actio aber, die den Typus der in rem actio rein darstellt, gewiß unzuläßig, zumal durch Bezugnahme auf andere unförmliche Erklärungen. Es ist also die causa proxima der *L. 27. D. de exc. rei iud.* (44, 2).

19) *Gai.* IV. § 16. oben § 40 Note 1. *Val. Prob.* § 4, 6. *Cic. pro Murena* 12. *L. 1. § 2. D. de rei vind.* (6, 1) oben Note 12. Vgl. Puchta, Inst. § 161 Note m. II. S. 89.

20) *Gai. cit.* Qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI.

benachbarter Grundstücke modificirenden Prädialservituten, Rechte an Sachen (iura in re) erzeugt, die ihrer Natur nach auch nur durch eine in rem actio [21]), also in Form der vindicatio verfolgt werden konnten. Eine Verständigung über das Object des Streits durch Augenschein war auch hier nicht zu umgehen. Wie aber der Scheinkampf vollzogen wurde, wissen wir nicht, und ebenso wenig sind uns die dabei gebrauchten Formeln erhalten. Indeß steht soviel fest, daß der Rechtsstreit um eine persönliche oder Prädialservitut, da er durch vindicatio und contravindicatio eröffnet wurde, nur zwischen dem Servitutberechtigten und dem Eigenthümer der res serviens möglich war und daß, wenn jener die Servitut behauptete (actio confessoria), dieser widerklagend nicht bloß Eigenthum überhaupt, sondern dessen Freiheit, also die Nichtexistenz der Servitut behaupten, also sich negativ erklären mußte (actio negativa) [22]); endlich daß auch in diesem Fall der Besitzstand für die Vorverhandlung gleichgültig, also erst nach dem Schluß zu reguliren war.

Fassen wir im Rückblick alle Fälle der in rem actiones zusammen, so besteht in materieller Hinsicht ihr Gemeinsames darin, daß sie entweder die Grundlage der gesammten bürgerlichen Existenz, die Freiheit eines Menschen, oder seine Herrschaft in Bezug auf die verschiedenen denkbaren Objecte derselben, Familie und Vermögen, wie sie beim Census angegeben werden mußten, zum Gegenstande haben. Eben deshalb war

21) *Gai.* IV. § 3. In rem actio est, cum — intendimus, — ius aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi *rel.* *L. 2. D. de arb. caed.* (43, 27). *Pomp.* — ex lege XII tab. — recte agere potes: IUS EI NON ESSE ITA ARBOREM HABERE. *Cf. L. 1. § 8. D. eodem.* Vgl. Keller, Civilpr. § 15. *Pernice Commentatt. iuris Rom. p.* 130. Rudorff, Rechtsg. § 36 Not. 16. 18.

22) *Gai. cit.* item actio ex diverso adversario est negativa.

die Untersuchung und Entscheidung regelmäßig[23]) Volksgerichten, über jene den Decemvirn, über diese den Centumvirn übertragen[24]). In formeller Hinsicht ist ihnen allen gemein, daß durch sie nicht eine verpflichtete Person in Anspruch genommen (in personam actio)[25]), nicht ein Geben, Thun oder Leisten gefordert, sondern der Streit um eine Sache (controversia de aliqua re)[26]), körperlich oder unkörperlich, um das Sein eines absoluten Rechts zur Entscheidung gebracht wird. Eben deshalb heißen sie in rem actiones; vindicationes aber von den Vindicien, dem symbolischen Ausdruck des Rechtsstreits[27]).

Durch die bisher geschilderte Verhandlung war der status causae et controversiae festgestellt; durch die nun folgende gegenseitige Provocation und Bestellung der gesetzlichen Wette, das Sacramentum[28]), wurde der Rechtsstreit formell, gleichsam durch ein die Partheien umschlingendes Band befestigt. Die Höhe des Succumbenzgeldes bestimmte sich nach dem Werthe der Objecte, nur bei der liberalis causa sollte es zur Er-

23) Ausnahmsweise durch Sponsion Einem Judex s. oben § 24 Note 26.

24) Der natürliche Zusammenhang von Familie und Vermögen, weshalb auch wir von „Familienangelegenheiten" zu sprechen pflegen, wo eigentlich das Vermögen gemeint ist, tritt bei den Römern nicht bloß im Erbrecht, sondern auch unter Lebenden in der patria potestas und der durch sie begründeten Vermögensgemeinschaft (*L. 11. D. de lib. et post.* 28, 2) hervor. Deshalb glaube ich jetzt auch den Streit um väterliche Gewalt und um legitima tutela zu den causae centumvirales rechnen zu müssen. S. oben § 23 Note 10.

25) *§ 1. I. de act.* (4, 6). — agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est —: quo casu proditae sunt actiones in personam. *Gai.* IV. § 2.

26) *§ 1. I. cit.* — aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt. *Gai.* IV. § 17. de fundo, de aedibus, de hereditate controversia. § 14. de libertate hominis controversia, und sonst.

27) *Gai.* IV. § 5. *Ulp. L.* 25. *pr. D. de obl. et act.* (44, 7).

28) *Gai.* IV. § 16. oben § 37 Note 2. — Worauf die folgenden Worte: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur gehen, bleibt dunkel, weil die in Bezug genommene Stelle zwischen §§ 14. und 15. unlesbar ist.

leichterung des Adsertor allemal das geringere, von 50 As, sein[29]).

§ 42. Endlich erfolgte bei allen Vindicationen die Regulirung des Besitzstandes für die Dauer des Prozesses (vindicias dicere).

Beide Theile hatten, wie wir gesehen, Eigenthum und Besitz oder sonst ein absolutes Recht und dessen Ausübung mit Mund und Hand in Anspruch genommen und dann auf Befehl des Prätors die Sache zu seiner Verfügung gestellt. Ueber das Recht konnte jetzt noch nicht entschieden werden, sondern erst im Judicium nach erfolgter Untersuchung. Aber wie sollte es bis dahin mit der Sache werden? Obrigkeitliche Beschlagnahme, Sequestration, wäre ganz gegen den Geist des alten Prozeßrechts gewesen, nach welchem stets nur die Partheien unter dem Schutz der Obrigkeit thätig werden. Das natürlichste war also, daß der Prätor Einem von beiden streitenden Theilen die Vindicien, d. h. den Besitz unter dem Schutz seines Imperiums zusprach, aber nur interimistisch bis zum Endurtheil, weshalb dieser Bürgen stellen mußte wegen Herausgabe der Sache und der inzwischen gezogenen Früchte (praedes litis et vindiciarum) für den Fall, daß er unterliegen sollte[1]).

Nach dem von Gaius gebrauchten Ausdruck (secundum alterum eorum, aliquem) könnte es scheinen, als habe der Prätor willkührlich dem Einem oder Andern diesen Vortheil zugewandt. Wirklich aber deutet er damit nur an, daß der Anspruch auf den interimistischen Besitz nicht durch das Gesetz begründet, also auch nicht durch eine Legis Actio geltend zu

29) *Gai.* IV. §§ 13 14. oben § 37 Note 7.

1) *Gai.* IV. § 16. Postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. Wenn diese Bürgen als Praedes formell dem Staat sich verpflichteten (*Varro de LL.* VI. 7. § 14. in publicum. *Festus* v. *Praes. M. p.* 223. populo), so geschah dieß doch materiell zu Gunsten des Gegners (adversario), dem der Staat hierdurch wie durch seine Rechtssprüche dient.

machen[2]), sondern von dem Imperium des Prätors abhängig war. Daß dieser indeß nach bestimmten Grundsätzen verfuhr, ist an sich mehr als wahrscheinlich; ihre etwas complicirte Erörterung aber war an dieser Stelle der compendiarischen Darstellung nicht thunlich.

Ausdrücklich bezeugt sind freilich nur die ausnahmsweise eintretenden Grundsätze der Besitzregulirung; aber diese lassen auf eine Regel schließen, die wesentlich mit dem aus dem Imperium des Prätors entsprungenen Interdictenrecht der spätern Zeit[3]) übereingestimmt haben muß. Diese Regel ist aber hauptsächlich zwiefach:

1) Nach dem natürlichen Princip, daß der Schein[4]) nur der Wahrheit, die Thatsache nur dem Recht zu weichen hat, mußte der Besitzer im Augenblick der Klage, also der Beklagte so lange, bis der Kläger sein Recht erstritten hat, also für die Dauer des Vindicationsprozesses im Besitz geschützt werden. Eine Ausnahme mußte diese Regel jedoch dann erleiden, wenn der Beklagte, weil er den Besitz vom Kläger gewaltsam (vi) oder heimlich (clam) oder vergünstigungsweise (precario) erworben, ohne alle Rücksicht auf das Recht an der Sache, zu deren Herausgabe verpflichtet war. Denn daß auch dieser Grundsatz der possessorischen Interdicte schon in dieser ältesten Zeit galt, ist wohl nicht zu bezweifeln. — Also, zur Sprache kam beim Rechtsstreit um die Sache auch der Besitz und sein Erwerb, sei es durch Gewalt oder wie sonst; aber nicht wie nach germanischem Recht in erster Linie, sondern erst an dieser Stelle und in dieser untergeordneten Beziehung.

So bei der Vindication einzelner körperlicher Sachen und

2) Die Legis Actio in rem war mit der Bestellung des Sacramentum zu Ende und eine eigne für den Besitz gab es nicht. *Festus* v. *Possessio*. — in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audet.

3) S. unten § 54.

4) Wohl zu unterscheiden von der Wahrscheinlichkeit oder Vermuthung des Rechts, die mit dem Besitz ohne Rechtstitel nicht verknüpft ist. Auf diese führt Wetzell, röm. Vindicationsprozeß S. 9 fg. die Sache in allen Fällen zurück.

Servituten[5]). Bei der vindicatio hereditatis wurde die Anwendung dieser Grundsätze regelmäßig durch eine andre provisorische Maaßregel des Prätors absorbirt, nehmlich dadurch, daß er sofort nach dem Tode den Besitz des Nachlasses (bonorum possessio) zur Verhütung der, überdieß durch das Gesetz begünstigten, Dilapidation desselben[6]) Einem, der sein Erbrecht wahrscheinlich machte oder sich als Angehörigen des Erblassers (cognatus u. s. w.) auswies, gleichsam als curator hereditatis zusprach und ihn in der Besitzergreifung durch sein Imperium schützte[7]). Natürlich unter Vorbehalt der Vindication des wirklichen Erben; diese mochte nun gleichzeitig oder später, nur vor vollendeter usucapio pro herede, erfolgen.

2) Dieser zunächst Berechtigte erhält in allen Fällen den interimistischen Besitz aber nur dann, wenn er die oben erwähnte Bürgschaft (praedes litis et vindiciarum) stellt. Verweigert er sie und der Gegner ist dazu bereit, so wird der Besitz auf diesen übertragen[8]).

Mit der Einräumung des Besitzes, aus welchem Grunde sie erfolgte, war aber ein zwiefacher Vortheil verknüpft: 1) die Verfügung über die Sache und der Genuß derselben während des Prozesses, jedoch mit der Verpflichtung eventuellen Ersatzes der Früchte, und 2) die Beklagtenrolle im Judicium, die selbst für dessen Ausgang die günstigere ist (commodum possessoris). Denn auch hier galt der natürliche Grundsatz, daß der Schein nur der Wahrheit, die Thatsache nur dem erwiesenen

5) Nach Analogie der Interdicta uti possidetis, utrubi, de itinere und de aqua, die später zur Regulirung des Besitzstandes für das Petitorium dienten. *Gai.* IV. §§ 148. sqq. *L. 1. § 2. D. uti poss.* (43, 17). *L. 1. pr. D. de itinere* (43, 19). *L. 1. pr. §§ 19. 45. D. de aqua coll.* (43, 20).

6) *Gai.* II. §§ 52. sqq. III. § 201.

7) Woraus später das Interdictum quorum bonorum sich entwickelte. Vgl. mein Handbuch § 37 Note 9*. Rudorff, Rechtsg. II. § 36 Note 9 und in Puchta's Instit. § 317 Note k. k. III. S. 283.

8) Nach dem Grundsatz der spätern Interdicta quem fundum, quem usumfructum, quam hereditatem. *Ulp. Instit. fr. 4. Fr. Vat.* §§ 92. 93. *Paul. rec. sent.* I. 11. § 1. *L. 60. § 1. D. de usufr.* (7, 1). *L. un. C. I. uti possidetis* (8, 6).

Recht zu weichen habe. Dem Kläger, d. h. dem Nichtbesitzer lag es daher ob, die Geschwornen von dem behaupteten Rechte zu überzeugen (onus petitoris), widrigen Falls sie sein Sacramentum für iniustum erklären, der Beklagte oder Besitzer also auch ferner im Besitz geschützt werden mußte[9]).

Eine in jeder Beziehung anomale Behandlung trat in folgenden zwei Fällen ein:

1) Im Eigenthums- und Servitutenprozeß zwischen einem römischen Bürger und dem römischen Volk werden um des öffentlichen Interesses willen die Vindicien immer zu Gunsten des Letzteren, d. h. des Staates (secundum populum) gesprochen[10]). Auch die Bürgschaft (praedes) wurde dem Staat natürlich erlassen.

2) Wenn die Freiheit eines Menschen bestritten wird, so soll dieser nach Vorschrift der Zwölf Tafeln immer, d. h. in welcher Lage er sich bisher befunden haben mag, bis zu ausgemachter Sache im factischen Zustande der Freiheit geschützt werden (vindiciae secundum libertatem). Ein möglicherweise freier Mensch sollte sclavischer Behandlung nicht ausgesetzt sein[11]). Gewiß aber wurde der Adsertor nur gegen Bürgschaft (praedes) zugelassen, weil sonst leicht die vindicatio in libertatem zur Begünstigung der Flucht eines Sclaven hätte mißbraucht werden können[12]).

9) Vgl. unten § 52.

10) Cato bei *Festus* v. *Vindiciae. M. p.* 376. Der Fall in Cato's Rede scheint ein Rechtsstreit de aqua (publica s. privata) gewesen zu sein, wo freilich das Interesse des öffentlichen Besitzstandes besonders einleuchtet.

11) *Pomp. L. 2. § 24. D. de or. iur.* (1, 2). *Liv.* III. 34—38. 56. 57. Den Fall der Virginia scheint mir Puchta Instit. § 162 Note 1 (II. S. 96) am richtigsten zu bestimmen. — Ob bei dem Streit um väterliche Gewalt nach Analogie des Interdictum de liberis exhibendis vel ducendis (*Dig.* 43, 30) die Lage des Kindes interimistisch arbiträr, rein nach seinem Interesse, geordnet wurde, steht dahin.

12) Entscheidende Beweise für diese Zeit fehlen. In der Sache der Virginia kam es dazu nicht, weil der Decemvir die Vindicien schließlich secundum servitutem sprach. Die sponsores bei *Liv.* III. 36. scheinen die praedes sacramenti zu sein. Cf. *Gai.* IV. § 95 Die satisdatio des Adsertor bei *Martial.* I. 53, 5. ist auf diese Bürgschaft zu beziehen.

In beiden Fällen wurde dieser außerordentlichen Begünstigung in Bezug auf den Besitzstand während des Prozesses kein Einfluß auf dessen Ausgang, also auf die Partheirollen im Judicium und die Beweislast eingeräumt, diese der Natur der Sache gemäß allemal dem Nichtbesitzer zur Zeit der Klage, d. h. dem Kläger auferlegt [13]).

---

c. In personam actiones.

§ 43. Hier sind unsre Nachrichten, und zwar nicht bloß über den Prozeß in Schuldsachen [1]), sondern auch über das ihm correspondirende Schuldrecht dieser Periode [2]) noch dürftiger, daher wir uns darauf beschränken, wenige mehr oder weniger sicher bezeugte und principiell bedeutende Punkte hervorzuheben.

Auch die actio in personam ist nichts anderes als ein Recht in seiner gerichtlichen Geltung, und da dieß eine Schuldforderung ist, die ihrer Natur nach nur den Schuldner, nicht Dritte berührt, so muß auch die Klage (legis actio) als Ausdruck desselben gegen die Person des Schuldners gerichtet, in personam gefaßt sein.

Bei der großen Mannichfaltigkeit der Schuldverhältnisse, die noch mehr durch ihren Entstehungsgrund als durch ihren Gegenstand bedingt ist [3]), muß allemal auch jener in der Legis

13) So noch später bei der liberalis causa. *L. 7. § ult. L. 10—12. D. de lib. causa* (40, 12) vgl. mit *L. 24. L. 25. D. eod.*

1) Insbesondere ist bei Gaius der Verlust der sacramenti actio in personam, mit der er, der Ordnung der Notae des *Val. Probus* § 4. entsprechend, seine Darstellung auf dem unlesbaren Bl. 192 begann, sowie der iudicis postulatio und condictio auf einem in der Handschrift fehlenden Blatt und dem nicht lesbaren Bl. 195ᵃ, also gerade der drei Hauptformen der in personam actio, zu beklagen.

2) Daß wir von der Geschichte des Obligationenrechts weniger wissen als von der des Sachen-, Familien-, Erbrechts u. s. w. ist oft bemerkt worden.

3) Besteht das Wesen der Obligatio in der Unterwerfung des Willens des Schuldners unter den Willen des Gläubigers, so muß die Thatsache, durch welche sie ihren

Actio ausgedrückt werden[4]); ja, während für die in rem actiones Eine Grundform (vindicatio) nur mit individuellen Modificationen anwendbar war, begründete die hier waltende Verschiedenheit der Fälle eine durchaus abweichende prozessualische Behandlung.

Der durchgreifendste Unterschied ist der der Schuldklagen aus Verträgen (ex contractu), denen sich aber andre Verkehrsverhältnisse (quasi ex contractu), und der aus Delicten (ex delicto), denen sich gleichfalls ähnliche Entstehungsgründe (quasi ex delicto) anschließen[5]).

1. Actiones ex contractu vel quasi.

Auch hier ist die Prozeßform entsprechend der verschiedenen Natur der Verkehrsverhältnisse verschieden, und zwar eine dreifache:

1) Der ordentliche Prozeß der ältesten Zeit (sacramento) war nur anwendbar, wo das Schuldverhältniß seinem Grunde und Gegenstande nach so bestimmt und in sich abgeschlossen ist, daß die Wette (sacramentum) deshalb eingegangen und der Ausgang des Prozesses von ihrem Gewinne oder Verlust abhängig gemacht werden konnte.

Dieß war der Fall bei dem Verbalcontract, der Stipulation, die in der Form des Civilrechts durch die übereinstimmende Frage und Antwort: dari spondes? spondeo geschlossen[6]), zu den ältesten römischen Rechtsgebräuchen gehört[7]). Ihr Gegenstand ist ein Geben (dare), d. h.

Anfang nimmt, für die Natur des Schuldverhältnisses von größerer Bedeutung sein als z. B. der Erwerbungsgrund für das Recht an der Sache.

4) *Arg. L. 14. § 2. D. de exc. rei iud.* (44, 2) (von der Formula) und *Gai.* IV. § 24. (von der manus iniectio) — nominata causa, ex qua agebant.

5) *§ 1. I. de act.* (4,6). *Inst.* 3, 18. 4, 5.

6) *Gai.* III. §§ 93. sq. 119 179.

7) Ob ursprünglich mit symbolischen Zuthaten und mit welchen? steht dahin. Vgl. Huschke, Nexum S. 100 und Rudorff zu Puchta's Instit. § 273 Note h (III. S. 99).

Verschaffung des Eigenthums einer speciellen Sache oder einer generisch bestimmten Quantität (certa res) oder einer bestimmten Summe Geldes (certa pecunia), überhaupt ein certum[8]). Eben hierauf[9]) geht eine uns erhaltene Formel, die als der einfachste, der Formel der vindicatio entsprechende Ausdruck des verfolgten Rechts nur auf die sacramenti actio bezogen werden kann:

AIO TE MIHI DARE OPORTERE[10]).

Es ist die in iure an den gegenwärtigen Beklagten (te) als den Schuldner (in personam) gerichtete Behauptung des Klägers (intentio), daß er ihm, dem Gläubiger (mihi), zu geben (dare) schuldig sei (oportere), worin sich die wesentlichen das Schuldverhältniß charakterisirenden Merkmale, soweit sie in einem allgemeinen Formular angedeutet werden konnten, finden. Der Gegenstand des Gebens, eine Sache (z. B. hominem Stichum) oder Quantität (z. B. tritici Africi optimi modios centum) oder Summe Geldes (z. B. mille aeris) war demselben im einzelnen Fall noch einzurücken.

Was die materielle causa debendi betrifft, so war diese sehr mannichfaltig, indem jedem auf Geben gerichteten Rechtsgeschäft durch diesen Formalcontract, ja selbst dem auf Thun gerichteten Versprechen durch eine poenae stipulatio[11]) bindende Kraft verliehen werden konnte. In die Worte der Legis Actio wurde aber ohne Zweifel nur die formelle causa debendi (ex sponsu), weil für die Klagbarkeit der Forderung entscheidend, aufgenommen. Diese sacramenti actio in personam war also von ausgedehntestem Gebrauch, ja sie bezeichnete den Ordinarprozeß in Schuldsachen[12]). Daß sie aber auch direct auf

8) Vgl. *L. 74. L. 75. D. de verb. obl.* (45, 1). *L. 6. D. de reb. cred.* (12, 1). *Gai.* IV. §§ 54. 131.

9) *Gai.* IV. § 53. — sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet, galt auch von der Legis Actio.

10) *Val. Prob.* § 4, 1.

11) *L. 68. L. 81. D. de verb. obl.* (45. 1).

12) Daß sie auch aus Nexum, also auch ex testamento mit Vermeidung des strengen Executivprozesses (s. § 45) gebraucht werden konnte, ist mir wahrscheinlich.

ein Thun, welches seiner Natur nach unbestimmter ist und eine freiere Beurtheilung erfordert, gerichtet werden konnte, ist nicht anzunehmen [13]).

Leugnete nun der Beklagte in gleich förmlicher Rede die Schuld ab (infitiatio, negatio)[14]), so provocirte ihn der Kläger zur gesetzlichen Wette mit den Worten:

QUANDO NEGAS, TE SACRAMENTO QUINGENARIO (oder QUINQUAGENARIO) PROVOCO [15])

und der Beklagte den Kläger desgleichen [16]).

Die Entscheidung über diese Wette konnte sodann entweder durch den Prätor selbst in dem ersten oder in einem zweiten Termin oder durch einen von ihm bestellten Judex erfolgen[17]). Nur für geringere Schuldklagen hatte die Lex Pinaria allemal die Bestellung eines Judex nach 30 Tagen angeordnet [18]).

Die Strenge der sacramenti actio zeigte sich aber darin, daß mit Entscheidung über diese eingegangene Wette der Beklagte entweder nichts, oder den in der intentio des Klägers geforderten Gegenstand dem Kläger, und außerdem die summa sacramenti dem Staat schuldete; der Kläger, wenn er diese intentio nicht zu erweisen vermochte, also z. B. durch die geringste plus petitio [19]), die Sache selbst und die summa sacramenti verlor.

13) Dieß behauptet *Keller*, Civilpr. S. 382 folg. Vgl. *Savigny*, System V. S. 638 folg. Allein sowohl für die civilrechtliche Stipulation als für die Legis Actio auf Thun fehlt die Formel. Selbst die altlatinischen Sponsalien, also auch die actio ex sponsu, lauteten: eam in matrimonium *daturum* (*Ser. Sulpicius* bei *Gell.* IV. 4, 2. *cf. L. 2. D. de sponsal.* 23, 1), wenngleich dann der Judex die iustae causae, quam ob rem data acceptave non esset uxor, zu untersuchen und auf quanti interfuerat zu condemniren hatte; beweisen überdieß als Familienvertrag nichts für andre Verträge auf ein facere. Für diese war selbst später die poenae stipulatio die beliebteste, weil bequemste Form. *§ 7. I. de verb. obl.* (3, 16). *L. 137. § 7. D. eod.* (45, 1).

14) *Isidor. Or.* V. 26. Infitiatio est negatio debitae rei, cum a creditore deposcitur. Daher adversus infitiantem in duplum. *Gai.* IV. § 9. Vgl. aber § 172. infitias ire mit § 173. sive quis neget, sive fateatur und die Formel im Text.

15) *Val. Prob.* § 4, 2.

16) *Gai.* IV. §§ 15. 16.

17) S. oben § 24 S. 61.

18) *Gai.* IV. § 15. Vgl. oben § 24 Note 23.

19) Vgl. *Gai.* IV. § 53.

Nur darin bestand noch ein Unterschied, daß bei certa pecunia sofort die strenge Schuldexecution gegen den verurtheilten Beklagten eintrat, während bei certa res zur völligen Liquidität und Vollstreckbarkeit des Urtheils noch die Schätzung der geschuldeten Sache oder Quantität in Gelde durch einen arbiter liti aestimandae gehörte[20]), durch welche schließlich die Schuld höher oder niedriger zu stehen kam. So nach Zwölftafelrecht.

§ 44. Gegen das Ende dieser Periode ließ der erweiterte Geld- und Handelsverkehr und die dadurch gewonnene freiere Rechtsanschauung des römischen Volks die alte sacramenti actio ex sponsu in materieller und formeller Hinsicht ungenügend erscheinen. Die römische Sitte, durch Stipulation, d. i. durch übereinstimmende Frage und Antwort Verträge abzuschließen, war in freieren Formen (dabis? dabo u. A.) auf die mit Rom verkehrenden Fremden übergegangen[1]). Umgekehrt war das im Fremdenverkehr einzig mögliche formlose Darlehn (mutuum)[2]) auch unter Römern in Gebrauch gekommen[3]). Die Gewährung einer Klage, die der Praetor peregrinus in diesen Fällen nicht versagte, durch ein Gesetz auch dem Praetor urbanus möglich zu machen, war also durch das practische Bedürfniß geboten. Ebenso bei der jetzt üblich gewordenen, eigen-

20) S. unten § 53 Note 6. 7.

1) *Gai.* III. § 93. Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent. Die Form Dabis? dabo kennt Plautus *Bacch.* IV. 8, 42 (883). *Pseud.* I. 1, 115. sq. (117. sq.).

2) Mommsen, röm. Gesch. I. S. 156 folg. Ob die fragmentarischen Worte des Foedus latinum von 261: pecuniam quis nancitor, habeto (*Festus* v. *Nancitor*) auf Mutuum, wie die folgenden auf Pignus, gehen, läßt sich nicht bestimmen.

3) Auch dieß kennt Plautus und zwar als Freundschaftsdienst, deshalb zinslos. *Cf. L. 24. D. de praescr. verbis* (19, 5). Der Wechsler freilich nimmt und giebt Zins und weiß die Gesetze zu umgehen. *Plaut. Asin.* I. 3, 93. sqq. (246) *Trin.* III. 3, 30 (758). IV. 3, 48. (1055). *Pseud.* I. 3, 52. sq. (286). *Curc.* IV. 1, 19. (480) 2, 22. sq. (508). Nur das auf kurze Zeit deponirte Geld zahlt er auch ohne Zins zurück. *Ibid.* IV. 3, 4. (536). Hauptfall der condictio certi ist das Darlehn noch im spätern Recht. *Dig. 12, 1. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione.*

thümlich römischen Weise, einen Schuldner auch ohne wirkliche Zahlung durch bloße von ihm bewilligte Eintragung in das Expensum des Gläubigers zu verpflichten[4]). Ueberall natürlich in einer leichteren, dem Zweck und dem Geist der Zeit entsprechenden Klagform. Es war also beides, eine Erweiterung des materiellen Vertragsrechts[5]) und eine Reform des ordentlichen Prozesses in Schuldsachen, welche die Lex Silia durch Aufstellung einer neuen Legis Actio per condictionem für certa pecunia und bald darauf die Lex Calpurnia durch Uebertragung derselben auf certa res bewirkte[6]). Daß man aber die neue Klagform auch im Fall einer förmlichen Sponsio neben der alten sacramenti actio dem Kläger zur freien Wahl stellte, war dem allgemeinen Entwicklungsgang des römischen Rechts ganz gemäß[7]).

Den Namen hat dieses neue Verfahren von einer Aufforderung des Klägers an den Beklagten (condictio = denuntiatio)[8]), am dreißigsten Tage vor Gericht zur Bestellung eines Judex zu erscheinen[9]). An welcher Stelle des Prozesses sie

4) *Gai.* III. §§ 128—131. Wie die Zahlung bei Plautus regelmäßig durch den Argentarius erfolgt, so ohne Zweifel auch die Eintragung (expensi latio) in seinem Rechnungsbuch (ratio). Vgl. Rudorff zu Puchta's Instit. § 572 Note c (III. S. 102). — Diese drei Fälle nennt *Cic. pro Rosc. com.* 4. 5. als die einzig möglichen der pecunia certa credita, die mit der Formel: si paret dare oportere (condictio im spätern Sinn *Gai.* IV. § 18.) gefordert werden kann.

5) Puchta Instit. II. § 162 S. 94 hat zuerst diese materielle Veranlassung zur Einführung der Legis Actio per condictionem bemerkt.

6) *Gai.* IV. § 19. Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 19 S. 47, § 43 S. 103, der die Lex Silia mit dem gleichnamigen Gesetz von 510 über Maaß und Gewicht in Verbindung bringt. In das fünfte oder den Anfang des sechsten Jahrh., jeden Falls vor Plautus (s. Note 1, 3 und 4) fallen beide Gesetze und sind Vorläufer der Lex Aebutia in der zweiten Hälfte desselben Jahrhunderts.

7) *Gai.* IV. § 20. Diese Concurrenz der neuern Form und der alten sacramenti actio, ließ die spätern Juristen, in deren Schriften eine Bekanntschaft mit der Geschichte des Vertragsrechts nirgends erscheint (vgl. *Gai.* III. §§ 89. sqq.), das Bedürfniß der ersteren bezweifeln. Ueber die Concurrenz der iudicis postulatio s. § 24 Note 21.

8) *Festus* v. *Condictum*, und v. *Status dies*. *Gell.* X. 24, 9. *Plaut. Stich.* III. 1, 38. (447).

9) *Gai.* IV. § 18. Et haec quidem actio proprie condictio

vorkam, ob bei Einleitung desselben oder später, ist bestritten. Für die letztere Annahme entscheidet der Umstand, daß in dieser Periode die in ius vocatio als die gesetzliche Einleitungsform aller Klagen erscheint und daß man noch weit davon entfernt war, deren Strenge durch eine friedliche Aufforderung zu ersetzen [10]). Auch würde dem der ausdrücklich angegebene Zweck der Condictio widersprechen. Nicht zur Bestellung eines Judex, sondern zur Erklärung über die bestimmte Forderung des Klägers mußte der Beklagte vor Allem in iure erscheinen [11]).

In Bezug auf diese erste, den Rechtsstreit feststellende Verhandlung aber schien das Sacramentum im Verhältniß zum Streitobject nur unvollkommen abgewogen; bei kleinen Geldforderungen zu hoch und bei namhaften, wie sie jetzt häufig vorkamen, zu gering, um den Schuldner zum Geständniß zu bewegen, den Leugnenden angemessen zu strafen. Deshalb eröffnete die Lex Silia dem Kläger einen zwiefachen neuen Weg.

Der erste ist gewagt, führt aber so rasch zur Entscheidung, wie der Geschäftsmann es in Geldsachen wünschen muß. Der Kläger kann nehmlich seinem Schuldner vor Gericht den Eid zuschieben (iusiurandum deferre) [12]) mit dem Erfolg, daß,

vocabatur: nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset.

10) Erst nachdem in Cicero's Zeit an die Stelle der in ius vocatio regelmäßig das Vadimonium getreten war, substituirt diesem K. M. Aurel die Denunciation des Theodosischen Codex. Wenn Asverus, die Denunciationen der Römer S. 143 diese mit der alten condictio identificirt, so bedarf dieß wohl keiner Widerlegung.

11) Keller, Civilpr. § 18 S. 71 folg. muß nach seiner Darstellung annehmen, daß die Partheien sich außergerichtlich über den Gegenstand des Rechtsstreits im Allgemeinen verständigt und zugleich einen gerichtlichen Termin zur Bestellung des Judex verabredet hätten, wodurch die Ersparung eines zweiten Termins erreicht worden sein soll. Allein auch bei der sacramenti actio konnte die Bestellung des Judex im ersten Termin erfolgen (s. oben § 43 Note 17. 18), und ein so summarisches Verfahren wie im Gastgericht (s. oben § 25 Note 10) ist durch die Natur der Sache und die dreißigtägige Frist ausgeschlossen. Für eine gerichtliche Denunciation spricht auch das simple adesset in Note 9.

12) Rudorff zu Puchta's Instit. § 162 II. S. 95, Rechtsg. II. § 23 S. 83 hat das Verdienst, diese ursprüngliche Beziehung des Eides auf die alte Condictio entdeckt zu haben. Entscheidend dafür ist Plautus, *Rudens Prol.* 14. 17. *Curcul.* IV. 2, 10 (496). *Persa*

wenn dieser ihn weder schwört, noch zurück schiebt, er für geständig gilt[13]) und die strenge Schuldexecution zu fürchten hat[14]). Der wirklich abgeleistete Eid (abiuratio pecuniae)[15]) schützt ihn zwar vor jedem fernern Anspruch[16]), aber im Fall des Meineides trifft ihn mindestens der Verlust seiner bürgerlichen Ehre[17]).

Zieht dagegen der Kläger den sichreren, wenngleich längeren Weg des Beweises vor, so provocirt er den Beklagten nicht zum Sacramentum, sondern zu einer sponsio, d. h. einer Wette durch Stipulation auf den dritten Theil der eingeklagten Summe, muß dann aber den gleichen Betrag diesem durch eine restipulatio versprechen, ein Succumbenzgeld, das der Unterliegende nicht in den Tempelschatz, sondern an den Gegner zahlt[18]). Auch diese Scheidung des religiösen Elementes im Eide und des rein bürgerlichen Succumbenzgeldes anstatt des Sacramentum, in welchem Beides vereinigt war, entsprach dem Geiste der Zeit. Sonst trat die Sponsion auch als Präjudicialwette, über die der Judex dann zu erkennen hat, ganz an die Stelle des Sacramentum[19]).

IV. 3, 9; unterstützend die Verbindung der Titel des Edicts de rebus creditis und de iureiurando. *Dig.* 12, 1. 2. *Cod. Iust.* IV. 1. 2. *Paul. sent. rec.* II. 1.

13) *L. 38. D. de iureiur.* (12, 1). — Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare nec iusiurandum referre.

14) *L. 34. § 6. D. eod.* Ait Praetor: EUM, A QUO IUSIURANDUM PETETUR, SOLVERE AUT IURARE COGAM. Letzteres auch im Fall der Ableistung des zurückgeschobenen Eides. Savigny, System VII. § 312 Note t. Daß diese Execution aber eine außerordentliche, durch pignora capta u. s. w. gewesen, wie Rudorff behauptet, liegt nicht in diesen Worten und widerspricht dem sicher bezeugten alten Executionsrecht.

15) *Isidor. Orig.* V. 26 und die Stellen in Note 17.

16) *L. 3. pr. L. 7. D. de iureiur.* (12, 2).

17) *Plaut.* in Note 12. *Lex Iulia munic.* II. *lin.* 39. *Sallust. Catil.* 25. Wegen anderer Folgen s. Rudorff, Rechtsg. II. § 116 S. 390.

18) Direct bezeugt nur für die spätere condictio certae creditae pecuniae. *Gai.* IV. §§ 13. 171. 180. *Cic. pro Roscio com.* 4. 5. Allein an die Stelle des Sacramentum trat gewiß ein anderes Succumbenzgeld und welches sonst, wenn nicht die Sponsion, die man dann von der Legis Actio auf die Formula übertrug. *Cic. cit.* nennt sie legitimae partis sponsio.

19) Keller, Civilpr. S. 73 Note 245. Anders Rudorff a. a. O. zu Puchta Note f. Rechtsg. Note 8. Auch bei der außerge-

Ist der Rechtsstreit also festgestellt, so wird die Untersuchung noch auf Einen Monat suspendirt, d. h. der Kläger fordert jetzt den Beklagten feierlich auf, am dreißigsten Tage wieder vor dem Prätor zu erscheinen, um die Bestellung eines Geschwornen zu gewärtigen (condictio), eine peremtorische Bedenkfrist für jeden Theil, ob er es auf das Succumbenzgeld wagen will[20]), die sich bei kleinen Schuldsachen nach der Lex Pinaria bewährt hatte[21]). Zugleich diente sie zur Herbeischaffung aller zu Durchführung der Sache nöthigen Rechtsbehelfe, die weder der Kläger noch der Beklagte in dem ersten durch die in ius vocatio eingeleiteten Termin zur Hand hatte. Insofern war also das Verfahren auf Beschleunigung durchaus nicht berechnet. Versäumt freilich der Kläger den zweiten Termin, so ist seine Forderung durch die einmal vollzogene Legis Actio consumirt[22]). Bleibt der Beklagte aus, so erfolgt die Ernennung des Judex auf einseitigen Antrag des Klägers und demnächst die Verurtheilung des abwesenden Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen[23]). — Die Lex Calpurnia übertrug dies Verfahren auf certa res[24]), nur mit dem Unterschied, daß hier die Sponsio wegfiel[25]), die bei certa pecunia das Verbindungsglied zwischen ius und iudicium bildete. Hier mußte also der Prätor den Judex anweisen, worauf er seine Untersuchung zu richten und wie er zu erkennen habe[26]), womit die Ermächtigung, das Klagobject zu taxiren (litis aestimatio) und den Beklagten zu Gelde zu condemniren, natürlich verbunden war[27]). In dieser

richtlichen Wette war eine Restipulation möglich, hier aber nothwendig, weil die Sponsion beides, präjudicial und poenal war. *Gai.* IV. § 94.

20) So auch Rudorff a. a. O.

21) Vgl. *Gai.* IV. § 15.

22) *Gai.* IV. § 108.

23) S. unten § 51.

24) Für den Eid s. *L. 34. pr. D. de iureiur.* (12, 2). für die condictio *Gai.* IV. §§ 18. 19

25) Nur bei certa credita pecunia kam diese auch später vor. S. Note 18.

26) So Keller a. a. O. Durch eine schriftliche Formula, die Rudorff a. a. O. Note 8 der Legis Actio widersprechend findet, geschah es wohl nicht, sondern durch mündliches Decret wie beim iudicium recuperatorium.

27) *Arg. L. 3. L. 4. D. de cond. trit.* (13, 3). Für die Hauptsache einen Judex und für die Taxation einen andern Arbiter

Beziehung und durch den Wegfall des Succumbenzgeldes war also diese condictio triticaria, wie man sie von einem im Handel häufig vorkommenden Gegenstande (triticum) nannte[28]), freier, die condictio certae creditae pecuniae strengerer Natur. Die Folgen der plus petitio waren bei beiden die alten[29]).

Neu war dagegen die in beiden Gesetzen als nothwendig vorgeschriebene Bestellung Eines Judex, die bisher bei größeren Schuldklagen vom Belieben des Prätors abhing[30]). In mehr als Einer Beziehung bildete also diese Legis Actio einen Uebergang zum Formularprozeß[31]).

§ 45. 2) Ganz anderen Interessen des Geldverkehrs verdankte der altrömische Executivprozeß (legis actio per manus iniectionem) seine Entstehung schon in frühester Zeit.

Der ordentliche Prozeß mit Sacramentum, der dem Schuldner alle möglichen Ausflüchte offen ließ und überdieß den Gläubiger mit der Bestellung eines namhaften Succumbenzgeldes und dem Beweise seiner Forderung belastete, mochte bei Schuldversprechungen (sponsiones) aller Art ganz angemessen scheinen, war aber nicht einladend für den reichen Capitalisten, sein Geld einem Andern, mit der Aussicht solcher Weiterungen bei der Rückforderung, auf Borg (mutua pecunia) anzuvertrauen. Und doch bedurfte der römische Landmann des Credits zur sorgfältigen Bearbeitung von Acker, Weinberg und Oelgarten, zur Beschaffung des todten und lebenden Inventars; des Handelsmannes, der auch schon früh vorkam, zu geschweigen.

liti aestimandae (s. § 53 Note 7) zu bestellen, wäre eine unnütze Weitläufigkeit gewesen. Auch hierin wich also die condictio von der sacramenti actio ab und näherte sich der iudicis postulatio oder dem spätern Formularprozeß.

28) *L. 1. D. de cond. trit.* (13, 3).

29) S. oben § 43 Note 19. Daß die Gefahr der plus petitio hier vermieden worden, wie Keller a. a. O. meint, ist mit Rücksicht auf das spätere Recht undenkbar.

30) S. oben § 24 S. 61.

31) Deshalb wurde später der Formula keine fictio condictionis eingerückt. *Gai.* IV. § 33. Keller a. a. O.

Zwar galt das strenge Schuldrecht der alten Welt, das den insolventen Schuldner als Schuldknecht mit Weib und Kind und seiner ganzen Habe dem Gläubiger Preis gab [1]), wesentlich auch im ältesten Rom [2]). Die Zwölf Tafeln bestätigten und ordneten es nur, indem sie dem Gläubiger gestatteten, den verurtheilten (iudicatus) oder geständigen (confessus) Schuldner nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist (tempus iudicati), wo er ihn antrifft, unter förmlicher Ansage der nicht gezahlten Schuld zu verhaften (manus iniectio) und vor Gericht zu bringen, nicht zum Behuf neuer Verhandlung der erledigten Sache, sondern um ihn unter Staatsautorität in sein Haus abzuführen und als Schuldknecht zu fesseln, auch zu sclavischer Arbeit anzuhalten. Was der Schuldner von Rechtsbehelfen auch gegen das Judicat noch einzuwenden hat, vor Allem die Einrede der Zahlung, sollte er nur durch einen Vindex, d. h. einen Vertheidiger, der als Selbstschuldner für ihn eintritt, und sub poena dupli vorbringen dürfen [3]).

An Strenge ließ also diese Schuldexecution auch dem härtesten Wucherer nichts zu wünschen übrig. Allein, abgesehen von dem seltnen Fall des Eingeständnisses, setzte sie den Prozeß, den jeder besonnene Capitalist scheut, voraus. Also nur wenn es möglich war, dem Schuldverhältniß schon bei seiner Eingehung dieselbe Anerkennung des Staats, die das Urtheil gewährt, zu sichern und dann die strenge Execution im Nichtzahlungsfall ohne Weiteres eintreten zu lassen, war seinem gerechten Verlangen genügt und auf sein Creditum zu rechnen [4]). Dafür

1) *Cf. Ev. Matth.* 18, 25.

2) Vgl. Huschke, Nexum S. 71. Es ist ein edler Zug des ältesten römischen Rechts, daß es zwar mit der Person auch die familia, also auch Kinder und Enkel nebst dem Vermögen, dem Gläubiger Preis giebt, aber nicht die Ehefrau, die freilich überhaupt, selbst als uxor in manu eine gewisse Selbständigkeit genießt.

3) S. unten § 53.

4) Derselbe Gedanke liegt dem Executivprozeß des Mittelalters zum Grunde; die parata executio schließt sich an das vor Gericht oder dem Notar als iudex chartularius ausgefertigte Schuldinstrument (instrumentum guarentigiatum) wie an das Urtheil (pro iudicato) an. Vgl. Briegleb, Geschichte des Executivprozesses I. S. 35.

boten die allgemeinen Geschäftsformen des ältesten Rechts zwei Wege.

1) Der Uebertragung des Eigenthums und ähnlicher Rechte wurde durch gerichtliches Anerkenntniß, nehmlich durch die der in iure cessio zum Grund liegende fingirte vindicatio, confessio und addictio die höchste Beglaubigung von Seiten des Staats gewährt[5]). Sollte dasselbe nicht auch für ein Creditum, bei seiner Eingehung oder zu seiner nachträglichen Bestärkung, durch eine fingirte Schuldklage und das gerichtliche Schuldbekenntniß möglich gewesen sein? Ausdrücklich erwähnt wird der Fall zwar in unsern Quellen nicht. Aber er ist begriffen unter dem aes confessum, dessen Beitreibung, wie die des Judicats, die Zwölf Tafeln durch manus iniectio gestatteten. Die gesetzliche Zahlungsfrist konnte bei dem freiwilligen Creditum durch Nebenabrede leicht auf den Verfalltag der Schuld erstreckt werden[6]). Von ausgedehnter Anwendung war diese Form aber keines Falls, weil eine gleichgeltende und bequemere zur Hand war, nehmlich

2) durch Volkszeugniß. Denn auch der in iure cessio bediente man sich nur selten, da ganz dasselbe, nehmlich Uebertragung des Eigenthums unter öffentlicher Beglaubigung, durch mancipatio erreicht wurde, bei welcher die Stelle des Prätors durch den die richtige Zahlung des Kaufgeldes nach Staatsgewicht verbürgenden Libripens und die fünf das Volk in seinen fünf Classen repräsentirenden Zeugen (classici testes) vertreten wurde, ein Act, der also an jedem Ort und zu jeder Zeit in Gegenwart einiger Freunde vollzogen werden konnte[7]). — Eben diese leichtere Form aber (per aes et libram) war anwendbar, wenn durch Geldzahlung ein Schuldverhältniß eingegangen werden sollte, und es konnte kein Bedenken haben, die

5) S. oben § 36.

6) Vgl. *Fragm. Vat.* § 50.

7) *Gai.* II. § 22. quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio. § 25. Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem — quaerere.

also öffentlich beglaubigte Schuld, gleich dem aes confessum und dem iudicatum, im Nichtzahlungsfall ohne Untersuchung und Urtheil, durch sofortige Execution (per manus iniectionem) beitreiben zu lassen[8]).

In der That ist uns beides bezeugt: Einmal die zwiefache Anwendung dieser altrömischen, durch die Zwölf Tafeln ausdrücklich bestätigten[9]) Geschäftsform (per aes et libram, nexum im weitern Sinn), nehmlich 1) für Uebertragung des Eigenthums und ähnlicher Rechte, mancipium, und 2) für Begründung einer Geldschuld, nexum im eigentlichen Sinn[10]) auch nexum aes[11]) und nexi datio genannt, insofern es durch Einzahlung einer Summe Geldes geschieht[12]). Sodann

8) Diesen Zusammenhang haben wohl zuerst Puchta und Rudorff gesehen, Instit. III. S. 78 folg. Auch in dieser Beziehung bildet der Executivprozeß des Mittelalters, der gleichfalls auf ein vor Gericht oder dem Notar abgelegtes Schuldbekenntniß gegründet wurde, eine erläuternde Parallele. Briegleb a. a. O. I. S. 45 folg. — Beim Nexum folge ich vorzugsweise der vortrefflichen Schrift von Huschke, Ueber das Recht des Nexum und das altrömische Schuldrecht. Leipz. 1846. Nur, wie bei diesem Privatgeschäft die „publicistische Persönlichkeit" der Contrahenten in Betracht komme und das Staatsgeld als Object ihm „publicistische Natur" verleihe, will mein stößiger Verstand nicht fassen. Daß jede publicistische Schuld ohne Prozeß zu sofortiger Execution führt (Mommsen, Stadtrechte S. 472 folg. und oben § 30), berechtigt nicht zu dem Rückschluß von dieser auf jene. Mir genügt beim Nexum die öffentliche Beglaubigung des Geschäfts zur Erklärung seiner strengen Wirkung.

9) *Lex XII tab.* VI. 1. Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. *Festus* v. *Nuncupata pecunia.* Ohne Zweifel befaßt nuncupare die Haupt- und Nebenbestimmungen des Geschäfts. Huschke S. 23.

10) *Varro de LL.* VII. 5. § 105. *ed. Müll.* Nexum Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Ueber den weitern Sprachgebrauch des Manilius, dem auch Gallus Aelius bei *Festus* v. *Nexum* Note 12 und *Cic. de Or.* III. 40. folgen, und den strengern des P. Mucius Scaevola aus Varro s. Huschke S. 32 folg., dessen Berichtigung der Stelle des Varro die Textkritik wohl noch nicht abschließt.

11) *Festus* v. *Nexum aes* apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.

12) *Festus* v. *Nexum* est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur. quo in genere sunt

daß die strenge Personalexecution (manus iniectio) und die dadurch herbeigeführte Schuldknechtschaft nicht bloß in Folge richterlichen Urtheils (iudicatum), sondern auch auf Grund dieses nexum statt fand[13]).

Der ursprünglichste und wichtigste Fall der nexi datio war das förmliche Darlehn, in der ältesten Zeit durch wirkliche Zuwägung der dargeliehenen Geldsumme, später unter Voraussetzung der Zahlung durch das symbolische Kupferstück (aes) und die Wage (libra) und entsprechende förmliche Worte des Darleihers (nuncupatio)[14]) eingegangen, eine Formel, in welche auch die Verpflichtung zu Zinszahlung, mit gleicher Wirkung wie für das Capital, aufgenommen werden konnte[15]). Der Hauptunterschied von dem Darlehn, dessen Rückzahlung nur durch Stipulation (sponsio) gesichert war (das ganz formlose mutuum war ursprünglich nicht klagbar), bestand darin, daß der Schuldner sich per aes et libram, wie nach älterem deutschen Recht durch die Executivclausel oder heutzutage „nach Wechselrecht", für den Verfalltag der Schuld, gleich dem Ju-

haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Huschke S. 30.

13) Hauptstelle: *Dionys.* VI. 83. (Vorschläge des Senats durch Menenius Agrippa bei der ersten Secession der Plebs a. 263) εἴ τινων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις κατέχεται, καὶ ταῦτα ἐλεύθεροι εἶναι κρίνομεν· ὅσοι τε δίκαις ἁλόντες ἰδίαις παρεδόθησαν τοῖς καταδικασαμένοις, καὶ τούτους ἐλευθέρους εἶναι βουλόμεθα, καὶ τὰς καταγνώσεις αὐτῶν ἀκύρους ποιοῦμεν. Andre Stellen bei Huschke S. 55 folg.

14) Die uns nicht überlieferte Formel hat Huschke S. 56 nach der Formel der nexi liberatio so herzustellen versucht: QUOD EGO TIBI MILE LIBRAS HOC AERE AENEAQUE LIBRA NEXAS DEDI, EAS TU MIHI POST ANNUM IURE NEXI DARE DAMNAS ESTO. Vgl. desselben Studien S. 292 folg. Durch die Worte damnas esto soll die Aehnlichkeit mit dem Judicat ausgedrückt werden. Vgl. unten Note 25. Huschke S. 52. — Daß aber in der Formel der Legis Actio das Wort damnatus im Gegensatz von iudicatus der manus iniectio pro iudicato, also z. B. aus Nexum, eigenthümlich gewesen, wie Rudorff Rechtsg. § 24 Anm. 2 will, kann ich nicht zugeben, da Gai. IV. § 21. in der Formel der iudicati m. i. beide Worte als gleichbedeutend setzt.

15) Huschke, Nexum S. 109 schlägt vor: cum foenore, z. B. semissario. Was derselbe Schriftsteller S. 96 folg. 116 folg. zur Geschichte der Zinsen beibringt, zu prüfen ist hier nicht der Ort.

dicatus (pro iudicato)[16]) der Personalexecution unterwarf[17]). Die Folge war, daß er, wenn er am Verfalltage nicht zahlte, zwar noch die gesetzliche Frist von dreißig Tagen (tempus iudicati) genoß[18]), dann aber vom Gläubiger ergriffen (manus iniectio), als Schuldknecht gefesselt und zu sclavischer Arbeit angehalten werden konnte. Nur darin bestand ein natürlicher Unterschied zwischen der Execution des richterlichen Urtheils und diesem auf Vertrag beruhenden Executivprozeß, daß der Judicatus allemal wieder vor Gericht gebracht[19]), der durch Nexum Verpflichtete hingegen, wenn er nicht widersprach und nicht auf rechtliches Gehör, d. h. Vertheidigung durch einen Vindex sub poena dupli, provocirte[20]), ohne Weiteres als Schuldknecht (nexus)[21]) abgeführt wurde, wodurch es den Schein gewinnt, als habe er sich freiwillig in diese Sclaverei (nexus) begeben[22]). Auch die längere Dauer dieses Zustandes, wenn der Gläubiger die Arbeit des Schuldners seinem Verkauf mit Kind und Habe oder der Rache durch Tödtung desselben vorzog, war beiden Fällen gemein[23]). Dieses Aeußerste aber, wodurch die Existenz eines römischen Bürgers vernichtet wird,

16) Die Gleichstellung des Nexum mit dem Judicat erhellt am deutlichsten daraus, daß beide durch nexi liberatio aufgehoben werden. *Gai*. III. § 173. Daß Gaius aber das Nexum nicht unter den Fällen der pro iudicato manus iniectio erwähnt, erklärt sich aus dessen Schicksal nach der Lex Poetelia.

17) *Dionys*. IV. 9. *ἐπὶ σώμασι δανείζειν*, woraus man mit Unrecht eine Selbstverpfändung des Schuldners durch Mancipation gefolgert hat. Vgl. mein Handbuch I. S. 301.

18) *Dionys*. in Note 13. *ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις*. Huschke S. 58.

19) *Lex XII tab*. III. 2. in ius ducito.

20) Auch Huschke S. 64 läßt dieß zu, erkennt aber nicht, daß eben hierdurch jeder Nexus die Sache zur Entscheidung des Prätors bringen konnte, wie *Liv*. II. 27. VI. 15. bezeugt.

21) Daß der Schuldner erst jetzt nexus heißt, folgt unwidersprechlich aus den bei Huschke S. 62 folg. citirten Stellen *Liv*. II. 23. 24. 27. VIII. 28. und *Varro de LL*. VII. 5. § 105. in Verfolg der Worte in Note 10. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam (Huschke: qua damnas) debebat, cum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus

22) Nexum inire *Liv*. VII. 19. nexum se dare *Liv*. VIII 28. *Val. Max*. VI. 1. § 9.

23) Huschke S. 93.

kann in keinem Fall ohne eine Autorisation durch den Prätor, eine Addictio, gedacht werden[24]).

War einmal mit dem Begriff der per aes et libram begründeten Schuld (nexum) dieses strenge Executionsrecht verknüpft, so ließ man dasselbe um dieser Form willen auch da eintreten, wo sachliche Motive es weniger verlangten.

So bei der Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des Kaufgeldes im Fall der Eviction der gekauften Sache durch einen Dritten, die bei deren Tradition durch eine Stipulation begründet zu werden pflegte, bei Mancipation der res mancipi aber durch diese, also per aes et libram oder iure nexi gegeben war[25]). Die Rückzahlung des doppelten Kaufgeldes (dupla), die noch in späterer Zeit galt, war eine Folge des ursprünglich eintretenden Executivprozesses per manus iniectionem, der die Vertheidigung des Schuldners nur durch einen Vindex mit der poena dupli zuließ.

Ebenso die Schuld des Erben aus einem Damnationslegat in Gelde, die durch das Mancipationstestament, also per aes et libram oder nexum[26]) begründet ist, also in älterer Zeit iure nexi executivisch eingeklagt werden konnte[27]) und deshalb

24) Huschke S. 79 sträubt sich gegen die Addictio, weil die Zwölf Tafeln III. 1. folg. sie bei der ordentlichen Execution, der iudicati manus iniectio, nicht erwähnen. Aber s. unten § 53

25) *Plaut. Curcul.* IV. 2, 4. sq. V. 2, 66. sq. *Varro de re rust.* II. 10, 5. *Paul. Sent. rec.* II. 17. §§ 2. 3. Die Mancipation selbst geschah insofern iure nexi (*De harusp. resp.* 7.) und konnte deshalb nexus oder nexu traditio heißen. *Cic. top.* 5. *ad fam.* VII. 30. *Paradox.* 6. *Gai.* II. § 27. *Frontin. de contr. agr. ed. Lachm. p.* 36. Die Verpflichtung des Verkäufers aber, sofern sie von der Zahlung des Kaufgeldes durch den Käufer abhing, beruhte auf einer nexi datio. Huschke S. 37 folg. 171 folg.

26) *Gai.* III. §§ 173. 175. *Gallus Aelius* oben Note 12. testamenti factio. Huschke S. 212 folg. Die Formel dieses Legats: HERES MEUS DARE LUCIO TITIO DAMNAS ESTO, *Gai.* II. § 201., also die nuncupatio, drückte die Aehnlichkeit mit der iudicati obligatio aus.

27) So lange die per vindicationem legirte Sache eigenmächtig aus der Erbschaft vorweggenommen werden durfte, was freilich später der Prätor durch das Int. quod legatorum (*Dig.* 43, 3.) verbot, war es auch sachlich gerechtfertigt, das Damnationslegat, das ursprünglich wohl auf Geld beschränkt war,

später noch den Leugnenden zum Doppelten verpflichtete[28]), auch durch nexi liberatio erlassen wurde[29]).

Dagegen beruhte es nicht auf überlieferten Rechtsbegriffen, sondern auf dem rein practischen Motiv der Prozeßbeschleunigung, daß Volksschlüsse des vierten und fünften Jahrhunderts d. St. für gewisse Schuldklagen diesen Executivprozeß an Stelle des ordentlichen mit Sacramentum, die pro iudicato manus iniectio, welche die Vertheidigung des Beklagten nur durch einen Vindex und mit der poena dupli zuließ, vorschrieben. So für Klagen des Bürgen (sponsor) auf Erstattung seiner Auslage (depensum) oder des über seinen Kopftheil Gezahlten, durch die Lex Publilia und Lex Furia de sponsu, und viele andere[30]).

In derselben Richtung ging man noch weiter und gestattete dieß beschleunigte Verfahren in andern Fällen als manus iniectio pura, d. h. ohne den Zusatz pro iudicato in der Formel[31]), wodurch ausgedrückt wurde, daß der Schuldner,

executivisch beitreiben zu lassen, wie noch heutzutage Testirer ihre Erben zur sofortigen Auszahlung „aus ihren paratesten Mitteln" zu verpflichten pflegen.

28) *Gai.* IV. §§ 9. 171. II. § 282.

29) *Gai.* III. §§ 173—176.

30) *Gai.* IV. § 22. Postea *(i. e. post legem XII tab.)* quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam: item lex Furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset (vgl. *Gai.* III. §§ 121 sq. und oben § 38 Note 7): et denique complures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt. Huschke S. 111, 141 folg. führt die Fälle der Bürgschaft auf das Nexum zurück.

31) *Gai.* IV. § 23. Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non pro iudicato: velut lex *(Furia)* testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus mille assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus ut ei plus capere liceret: item lex Marcia adversus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur. Die Lex Furia bin ich deshalb geneigt, lange vor die Lex Voconia a. 585. zu setzen. Rudorff, Rechtsg. I. § 23. Ob mit Rücksicht auf *Gai.* IV. § 25. Sed postea *rel.* auch vor die Lex Valeria a. 412? Die Lex Marcia setzt Rudorff cit. § 19 ins J. 402. Vgl. Huschke S. 121 folg. Auch diese Fälle bringt Huschke

wenn der Gläubiger ihn ergriff, dessen Hand zurückweisen und seine Vertheidigung vor Gericht nicht durch einen Vindex, sondern persönlich übernehmen konnte[32]). Als eigenthümliche Strenge blieb dann nur übrig, daß er zur Abwendung der Schuldknechtschaft sofort vor dem Prätor seine Nichtschuld erweisen und, wenn er unterlag, das Duplum zahlen mußte[33]).

In allen diesen Fällen wurde certa pecunia als Gegenstand der Schuldklage vorausgesetzt. Eine fernere Ausdehnung scheint auch davon abgesehen, also die Taxation durch einen Judex zugelassen zu haben, z. B. bei der actio damni iniuriae aus der lex Aquilia[34]), womit die Eigenthümlichkeit des Executivprozesses wesentlich modificirt, nur die poena dupli für den Unterliegenden festgehalten wurde[35]).

Parallel der Ausdehnung dieses Executionsrechts ging also dessen Abschwächung. Aber auch in den Fällen seiner ursprünglichen Anwendung war man im Lauf der Zeit auf seine Milderung bedacht. Hatte doch schon K. Servius Tullius der Sage nach zur Begründung plebejischer Freiheit das Nexum und die Schuldknechtschaft überhaupt abzuschaffen beschlossen[36]), und nach Vertreibung der Könige ist dieß Verhältniß der Anlaß stets sich erneuernder Beschwerden und Aufstände. Selbst die Zwölf Ta-

S. 142 mit dem Nexum in Verbindung.

32) *Gai.* IV. § 24. Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent, cum agebatur, manum sibi depellere, et pro se agere *(reo licebat)*. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc verbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANUM INICIO: cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANUM INICIO.

33) S. Keller, Civilpr. § 19 und oben § 24. Anders Rudorff, Rechtsg. II. § 24 S. 86. Den Uebergang einer Legis Actio in eine andere halte ich für unmöglich.

34) Die Lex Aquilia bediente sich des bei öffentlich beizutreibenden Geldstrafen gewöhnlichen Ausdrucks damnas esto. *L. 2. § 1. L. 27. § 5. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). Vgl. *Cato* bei *Gell.* VI. 3, 37.

35) Die manus iniectio konnte jeden Falls nur pura sein und ging mit dem Judicium in ein Ordinarium über.

36) *Dionys.* IV. 9. Vgl. über die Geschichte des Schuldrechts überhaupt Huschke S. 112 folg.

feln glaubten im Interesse des öffentlichen Credits die grausame Strenge des alten Schuldrechts bestätigen zu müssen, und noch während des ganzen vierten Jahrhunderts d. St. half man der Noth der Schuldner nur durch Palliativmittel, Zinsverbote, Moratorien, Vorschüsse aus dem Staatsschatz u. A. ab. Die Lex Valeria vom J. 412 d. St., durch welche in allen Fällen des Executivprozesses, mit Ausnahme des Judicatum und Depensum, also auch im Fall des Nexum, die manus iniectio für pura erklärt, d. h. dem Schuldner gestattet wurde, ohne Vindex seine Vertheidigung selbst zu führen, war die erste durchgreifende legislative Erleichterung[37]). Nicht lange darnach (441 d. St.) half die Lex Poetelia noch gründlicher, indem sie nicht nur die damals verhafteten Schuldner gegen eidliche Versicherung ihrer Zahlungsfähigkeit freizulassen befahl, sondern für die Zukunft dem Nexum die Executivkraft entzog[38]), überdieß die Privathaft des verurtheilten Schuldners milderte[39]).

Zu Anfang des sechsten Jahrhunderts stellte, wie wir gesehen, die Lex Silia in der legis actio per condictionem einen neuen Ordinarprozeß für Einklagung von Geldschulden auf, in dem beides zugleich, das schwerfällige Sacramentum vermieden und das Recht des Gläubigers und des Schuldners richtiger abgewogen war als in jenem alten Executivprozeß; und als bald darauf die Legis Actiones überhaupt durch die Lex Aebutia abgeschafft wurden, blieb von diesem nichts übrig, als daß mehrere der Klagen, bei denen er stattgefunden, ad-

37) *Gai.* IV. § 25. Sed postea lege Valeria, excepto iudicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, permissum est, sibi manum depellere et pro se agere: itaque iudicatus et is, pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur. Vgl. Huschke S. 141, 144. Rudorff, Rechtsg. I. § 19.

38) *Varro de LL.* VII. 5. § 105. S. oben Note 10. — nexus —. Hoc C. Poetelio rogante solo Dictatore sublatum ne fieret, et omnis, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti. *Liv.* VIII. 28. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur. *Cic. de re publ.* II. 34. — omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum. Huschke S. 129 folg. Rudorff, Rechtsg. § 19 S. 47.

39) Vgl. unten § 53.

versus infitiantem in duplum gingen[40]) und daß bei Judicatum und Depensum der Beklagte satisdatio iudicatum solvi bestellen mußte[41]).

§ 46. 3) Den reinen Gegensatz der sacramenti actio ex sponsu nach der andern Seite bilden die freieren Contracts- und Quasicontractsklagen, die per iudicis arbitrive postulationem instruirt wurden.

Es sind dieß wesentlich die Klagen, die in der Periode des Formularprozesses zur Classe der arbitria im Gegensatz der iudicia gerechnet und als actiones bonae fidei von den stricti iuris actiones unterschieden werden[1]). Die Fälle, die schon dem Zwölftafelgesetz, ja dem ältesten darin codificirten Recht angehörten, haben wir früher in einem andern Zusammenhang erwähnt[2]); namentlich als formellen Contract des ältesten Civilrechts die Fiducia, d. h. die Mancipation oder in iure cessio einer Sache als Pfand oder Depositum[3]), dessen getreue Rückgabe durch die Clausel UT INTER BONOS BENE AGIER oder UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM gesichert wurde[4]). Von Quasicontractsverhältnissen die actio rei uxoriae, deren Recht mit der ältesten römischen Sitte verwachsen ist[5]), die actio de rationibus distrahendis, durch welche der Tutor zur Herausgabe des Vermögens oder zu doppeltem Ersatz des Unterschlagenen, also mittelbar zur Rechnungslegung angehalten wird[6]) und endlich

40) *Gai.* IV. § 9. iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

41) *Gai.* IV. § 25. Note 37. Idque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita observabatur: unde nostris temporibus is, cum quo iudicati depensive agitur, iudicatum solvi satisdare cogitur.

1) *Cic. pro Rosc. com.* 4. *de off.* III. 15. *top.* 17. *Gai.* IV. § 62. *§ 28. Inst. de act.* (4, 6). und unten § 94.

2) S. oben § 24.

3) *Gai.* II. §§ 56. sq. III. § 201. *Isidor. Orig.* V. 25.

4) *Cic. de off.* III. 15. *top.* 17. *ad famil.* VII. 12.

5) S. oben § 24 Note 16; über die Natur der Klage *Cic. top.* 17.

6) *Cic. de off.* III. 15. *de or.* I. 36. *L. 1. §§ 19—24. L. 2. D. de tut. et rat. distr. — actione* (27, 3). *L. 55. § 1. D. de adm. tut.* (26, 7). Nach den Zwölf Tafeln war sie die einzige Klage des

die Theilungsklagen, familiae erciscundae und finium regundorum, deren Eigenthümlichkeit noch ganz besonders die Bestellung eines Judex oder Arbiter nothwendig machte[7]).

Gegen das Ende dieser Periode wird aber noch eine größere Zahl formloser Rechtsgeschäfte als unter Römern gebräuchlich erwähnt, so daß ihre Herübernahme aus dem Fremdenverkehr und Jus Gentium und ihre Klagbarkeit auch vor dem Praetor urbanus nicht bezweifelt werden kann[8]). So von Realcontracten, außer dem vielleicht schon in den Zwölf Tafeln vorkommenden formlosen Depositum[9]), Commodatum[10]) und Pignus[11]). Ferner von den Consensualcontracten Kauf[12]) und Miethe[13]) und, wie ich nicht bezweifle, auch Societät[14]) und Mandat[15]). Die freie Natur auch dieser Verhältnisse machte die Bestellung eines Judex oder Arbiter nothwendig und, da der Prätor in

Mündels, die actio tutelae ist ein Erzeugniß des spätern Civilrechts, daher beide concurriren.

7) S. oben § 24 Note 11. 12.

8) Vgl. über diese neuerdings lebhaft controvertirte Frage Demelius, Plautinische Studien, in Rudorff's Zeitschr. für Rechtsg. II. S. 177 folg., dem ich übrigens keineswegs überall beistimme.

9) Die einzige Beweisstelle dafür ist *Paul. rec. sent.* in *Coll.* X. 7. Als iuris gentium bezeichnet es *Ulp. Inst. fr.* III. 2.

10) *Plaut. Asin.* II. 4, 38. sq. (483). *Curc.* V. 2, 5 (603). *Trin.* V. 2, 7 (1131).

11) Als dem Verkehr mit Fremden angehörig kommt es im Latinischen Bündnißvertrag von 261 vor, *Festus* v. *Nancitor;* als römisch bei *Cato de re rust.* 146—150. Demelius a. a. O. S. 216 folg. bestreitet die Klagbarkeit dieser Realcontracte.

12) Daß Kauf (und Miethe) nach Zwölftafelrecht (*Gai.* IV. § 28) ohne Form klagbar war, bezweifle ich. Aber den von *Becker Diss. de emptione venditione, quae Plauti fabulis fuisse videtur. Berol.* 1853. 4. versuchten Beweis, daß selbst noch Plautus die actio empti venditi nicht gekannt, halte ich nicht für geführt. Denn daß ein Leno es gewagt, eine bereits verkaufte Sclavin noch einmal zu verkaufen, kann dafür nicht gelten. Vgl. Demelius a. a. O. Ob die Klage bei *Plaut. Rud.* V. 1, 1 (1282). eine actio empti und nicht eine vindicatio in libertatem ist, scheint mir mindestens zweifelhaft. Denn schon *Act.* III. *Scen.* 4. weiß Trachalio, der Diener des Plesidippus, daß Palaestra eine freie Athenerin ist.

13) *Plaut. Asin.* II 4, 37. (443) und sonst. Daß die Miethe iuris gentium ist, sagt *Ulp. Inst. fr.* II. 2.

14) Ueber die ausgedehnten Societäten im sechsten Jahrhundert s. Mommsen, röm. Gesch. I. S. 848. Stellen des Plautus bei Demelius S. 195.

15) Das Generalmandat bei *Plaut. Trin.* I. 2, 71. sqq. (113) ist ohne Mandatsklage nicht wohl denkbar.

dieser Zeit sich noch nicht für ermächtigt hielt, ohne Gesetz eine Legis Actio zu gewähren, so ist die Vermuthung wohl nicht zu gewagt: wie die Lex Silia und Calpurnia die Klagbarkeit des Certum erweiterte, so habe ein uns unbekannter Volksschluß des fünften oder sechsten Jahrhunderts durch Ausdehnung der iudicis postulatio auf jene Fälle des Incertum diese wichtige Entwicklung des römischen Contractrechts bewirkt[16]).

Allen diesen Schuldklagen ist es gemein, daß durch sie nicht eine von vorn herein bestimmte Leistung, sondern die Ermittlung dessen, was der Eine dem Andern nach den Umständen des einzelnen Falls, also nach Billigkeit oder, was dasselbe ist, nach Treu und Glauben zu leisten schuldig sein möchte, gefordert wird. Die sacramenti actio war hierauf nicht anwendbar. Denn auf diese Ermittlung zu provociren, mußte beiden Theilen auch ohne ein solches Pfand ihres guten Glaubens gestattet sein, zu geschweigen, daß sich die summa sacramenti nach dem Werth des Streitobjects hier gar nicht bestimmen ließ. Ueberdieß machte die Wahl und Bestellung eines Arbiter eine eigenthümliche Behandlung der Sache nothwendig.

Die Legis Actio des Klägers konnte daher nur 1) das Schuldverhältniß, das er zur Verhandlung bringt, seinem Grunde nach[17]), 2) das allgemeine Ziel, das er verfolgt[18]), und 3) den an den Prätor gerichteten Antrag auf Bestellung eines Judex oder Arbiter (iudicis postulatio) enthalten. Nur die Formel dieses letztern ist uns erhalten in den Worten:

TE, PRAETOR, IUDICEM ARBITRUMVE POSTULO UTI DES[19]).

16) In dem Abschnitt von der iudicis postulatio bei Gaius, der verloren ist, muß davon die Rede gewesen sein.

17) Keller, Civilpr. § 17 und Rudorff, Rechtsg. § 22 haben versucht, die Formel dieses Theils der Legis Actio nach Analogie der demonstratio formulae, mit Quod beginnend, zu restituiren. Keines Falls wurde darin der Beklagte als ein Dritter, Numerius Negidius oder ille, bezeichnet, sondern, weil gegenwärtig, direct angeredet. Cf. *Gai.* IV. § 21. QUOD TU *rel.*

18) Dahin gehörten bei der Erbtheilungsklage die Formelworte erctum ciere. *Cic. de or.* I. 56. *Festus epit.* v. *Erctum citumque. Gell.* I. 9, 12.

19) *Val. Prob.* § 4, 8. Ob diese drei Anträge vom Kläger in zusammenhängender Rede vorgetragen und dann erst vom Beklagten

Bemerkenswerth ist jedoch, daß trotz der Allgemeinheit der Formeln eine plus petitio möglich war, die nach den strengen Grundsätzen der Legis Actiones den Verlust der Sache zur Folge hatte[20]).

Die Antwort des Beklagten, mochte sie nun ein Eingeständniß des zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Schuldverhältnisses oder die gänzliche Ableugnung desselben enthalten[21]), schloß jeden Falls mit demselben Antrag. Denn nur durch die Untersuchung und das Urtheil eines Judex oder Arbiter konnte auch zu seinen Gunsten festgestellt werden, ob er dem Kläger überhaupt und was er ihm zu leisten schuldig sei.

Auf die Wahl einer bestimmten Person zum Judex oder Arbiter, zu der beide Theile mit gleichem Recht mitwirkten, bezog sich wahrscheinlich die uns aufbehaltene Formel:

SI ALIUM PROCAS NIVE EUM PROCAS[22]).

Endlich darf auch ohne ausdrückliches Zeugniß angenommen werden, daß zu den Vertheidigungsmitteln des Beklagten, die dem Judicium vorbehalten blieben, auch Gegenforderungen und sachliche Einreden aller Art gehörten. Denn da das Officium des Arbiter wesentlich darin bestand, nach den aus der Untersuchung sich ergebenden Thatsachen boni viri arbitratu zu bestimmen, was der Eine dem Andern zu leisten schuldig sei, so mußte er auch jene, obgleich sie in der Legis Actio keinen Ausdruck gefunden, berücksichtigen[23]). Auch in dieser Be-

beantwortet wurden, oder ob dessen Antwort sich dazwischen schob, wissen wir nicht.

20) *Cic. de or.* I. 36. Das turpe tutelae iudicium der Zwölf Tafeln, bei welchem lege agendo zu viel gefordert war, kann nur die actio de rationibus distrahendis sein. S. Note 6. Vgl. noch *Gai.* IV. § 60. in omnibus *(actionibus)*, quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere.

21) Bei den Theilungsklagen kam dieser zweite Fall insofern nicht vor, weil über das Erbrecht oder Eigenthum als Präjudicialfrage entschieden wurde. *L. 1. § 1. D. fam. erc.* (10, 2). *L. 18. D. de except.* (44, 1).

22) *Festus* v. *Procum. Müll.* p. 249.

23) Bei den Theilungsklagen, weil iudicia duplicia, konnte er den Kläger wegen Gegenforderungen des Beklagten selbst condemniren; in andern Fällen sie wenigstens in Abrechnung bringen. Cf. *Gai.* IV. § 61. *§§ 30. 39. Inst. de act.* (4, 6).

ziehung war also diese Legis Actio die Vorläuferin der bonae fidei actio im Formularprozeß[24]).

2) Actiones ex delicto vel quasi.

§ 47. Eigentliche Delictsklagen (actiones poenales), die auf einer Verletzung des objectiven Rechts in der Person eines einzelnen Bürgers beruhen und auf Rache (vindicta)[1]) oder Sühne (poena) dieses formellen Unrechts gehen, sind nach Zwölftafelrecht hauptsächlich[2]) die actio iniuriarum wegen rein persönlicher Verletzung und die actio furti wegen Verletzung der Person in Bezug auf Eigenthum.

Die prozessualische Behandlung derselben mußte, je nachdem das eine oder andere der angedeuteten beiden Ziele verfolgt wurde, eine durchaus verschiedene sein.

Die Rache (vindicta), allerdings ein Ueberbleibsel der vorhistorischen Zeit, da noch ein ungebildetes Rechtsgefühl die Herstellung des Rechts in der Reaction des Verletzten selbst gegen das Unrecht zu erkennen glaubte, mußte als Stück fester Staats- und Rechtsordnung 1) auf ein gesetzliches Maaß beschränkt und 2) zwar nach dem Willen des Verletzten, aber durch die Obrigkeit im Namen des Staats, also insofern als Strafe, die dem Verletzten und dem Gesetz zugleich genug thut, ausgeführt werden[3]).

So ging die actio iniuriarum wegen öffentlichen Angriffs auf den guten Namen eines Bürgers durch ein Schmähgedicht (occentare, carmen famosum) auf Todesstrafe durch Geiße-

24) Exceptiones doli, pacti etc. bonae fidei iudicio insunt. *L. 21. D. sol. matr.* (24, 3). *L. 84. § 5. D. de leg.* (30). *L. 3. D. de resc. vend.* (18, 5).

1) Technisch bedienen sich die römischen Juristen dieses Ausdrucks für einen engeren Kreis von Klagen. Savigny, System II. § 73. V. S. 60. Für die Sache, von der hier die Rede ist, ist er durchaus bezeichnend.

2) *Gai.* IV. § 8.

3) Ebenso noch heutzutage durch Bestrafung des Injurianten auf Antrag des Injuriirten.

lung (fustuarium)[4]), wegen Verstümmelung eines Gliedes (membrum ruptum) auf eine ähnliche körperliche Verstümmelung (talio)[5]). Der auf frischer That ergriffene Dieb oder Räuber (fur manifestus) wurde öffentlich ausgepeitscht und dem Kläger addicirt, der ihn in Fesseln schlagen und, bis er ausreichende Sühne erhielt, zu sclavischer Arbeit anhalten konnte[6]). Alle diese die Person eines römischen Bürgers treffenden Strafen konnten nur von der Obrigkeit verfügt und zur Ausführung gebracht werden.

Was das Verfahren betrifft, so ist durch das Gesagte schon das Judicium, d. h. jede Art des Geschwornengerichts ausgeschlossen. Denn es ist undenkbar, daß Ein römischer Bürger oder mehrere Einzelne über Leib und Leben eines Andern gerichtet hätten. Dagegen zweifle ich nicht, daß im Fall der capitis poena von dem Strafurtheil des Magistrats an das Volk provocirt werden konnte.

Wie aber wurde die dem Urtheil vorausgehende Unter-

4) *Cic. de re publ.* IV. 11. Nostrae contra (im Gegensatz der Griechen) duodecim tabulae, quum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, sive quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Praeclare: iudiciis enim magistratuum, disceptationibus legitimis propositam vitam, non poëtarum ingeniis, habere debemus, nec probrum audire nisi ea lege, ut respondere liceat et iudicio defendere. *Tusc. quaest.* IV. 2. Vgl. Dirksen, Zwölftafelfragm. VIII. 1. Huschke, Gaius S. 118. Wenn Rudorff, Rechtsg. II. § 107 Note 3 diesen Fall nach *Pseudo-Cornut. in Pers.* I. 123. auf „Invectiven gegen die Regierung" beschränkt, so steht das mit Cicero im Widerspruch. Dem Scholiasten schwebten bei seinem Ausdruck principes civitatis wohl Cicero's Worte *l. cit.* vor: si Plautus noster voluisset aut Naevius Publio et Cnaeo Scipioni aut Caecilius Marco Catoni male dicere.

5) *Gai.* III. § 223. *Gell.* XXI. 14. *Festus* v. *Talionis.* Vgl. Dirksen, Zwölftafelfragm. VIII. 2. Was Sex. Caecilius (Africanus) bei Gellius § 38. berichtet: si reus — iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, halte ich nicht für ursprüngliches Zwölftafelrecht, sondern für späteren Gerichtsgebrauch, der den Uebergang zum prätorischen Recht bildete. Aber auch für jenes ist der Ausdruck: iudici talionem imperanti non parebat, wichtig; dieß kann nur der Magistrat sein. Anders Huschke, Gaius S. 124.

6) *Gai.* III. § 189. *Gell.* XI. 18, 8. XX. 1, 7.

suchung geführt? Bei furtum manifestum war eine solche weder nöthig noch möglich[7]), da der Thäter auf frischer That ergriffen und, falls er dieß etwa leugnen wollte, durch das Zeugniß der zu Hülfe gerufenen Nachbarn sofort zu überführen war[8]). Ebenso bei dem furtum lance et licio conceptum, das nach Vorschrift der Zwölf Tafeln dem furtum manifestum gleich gestraft wurde[9]). In den erwähnten Fällen der Injurie aber mußte der Magistrat, der das Urtheil sprach, nothwendig selbst auch die Untersuchung führen. Kam es zum förmlichen Rechtsstreit, so konnte dieser nur in der Form des ordentlichen, strengen Sacramentsprozesses instruirt werden[10]).

Abgewandt wurde dieser aber nicht bloß durch das Geständniß der That, das dem Magistrat nur noch die rechtliche Beurtheilung des Falls und die Aussprechung der Strafe übrig ließ, sondern noch häufiger durch Vergleich über ein Sühngeld (pactum), den die Zwölf Tafeln, um dem barbarischen Rachegefühl möglichst zu steuern, ausdrücklich bestätigten[11]).

In allen andern Fällen ließen sie diesem gar keinen Raum mehr, sondern setzten das Sühngeld (poena) gesetzlich fest. Wegen geringerer körperlicher Verletzungen (os fractum aut

7) Rudorff, Rechtsg. II. § 24 Anm. 1. 2, mit Erinnerung an *Tac. Ann.* XI. 6. non iudicium quippe in manifestos, sed poenam. Für die legis actio per manus iniectionem, die Puchta Instit. § 162 Note k und Keller Civilpr. Note 220 § 19 S. 78 annehmen, fehlen wesentliche Bedingungen. Daß der Kläger den fur manifestus mit Gewalt ins Gericht schleppt und daß dieser ihm dann addicirt wird, reicht dazu nicht aus.

8) So ruft im Poenulus des Plautus (III. 1.) Agorastocles eine Anzahl armer Bürger als Zeugen herbei (advocati, testes), um den Leno Lycus, in dessen Hause sein Sclave Collybiscus mit seinem Gelde betroffen wird, des furtum manifestum (III. 6, 40.) vor dem Prätor (III. 4, 17.) zu überführen, und ihn mit seiner ganzen Habe sich addiciren zu lassen. I. 1, 56. sq. 3, 2. sq. 15. 38. III. 1, 61. V. 6, 4. 24. Die in ius vocatio ist die gewöhnliche, nicht manus iniectio. VII. 6, 45. V. 6, 5. Klage und Addictio wird dann aber durch Pactum abgewandt. V. 6, 24. sqq.

9) *Gai.* III. §§ 192. 194.

10) S. oben § 24 S. 61.

11) *L. 7. § 14. L. 17. § 1. D. de pactis. Festus* v. *Talionis.* Dieß hieß pro fure damnum decidere. *L. 9. § 2. D. de min.* (4, 4). *L. 7. § 1. D. de cond. furt.* (13, 1). *L. 46. § 5. D. de furtis* (47, 2).

conlisum) auf 300 As, wegen aller übrigen Injurien auf 25 As[12]). Wegen furtum nec manifestum auf den doppelten Werth der gestohlenen oder geraubten Sache[13]) als reine Strafe; denn die Forderung der Sache selbst vom Diebe und von jedem dritten Besitzer besteht daneben.

Hierdurch war die Verfolgung der persönlichen Verletzung in eine Schuldklage auf Geld verwandelt, die sich jedoch von Contracts- und Quasicontractsklagen darin unterscheidet, daß das Schuldverhältniß selbst und sein Gegenstand mehr zurück, die verbrecherische That, als Hauptgegenstand des Rechtsstreits, in den Vordergrund tritt. Diese hatte ihrer Natur nach hinreichende Bestimmtheit, um Gegenstand der im Sacramentum einzugehenden Wette zu sein; und die Gehässigkeit sowohl der Behauptung als der Ableugnung der That schien ein Succumbenzgeld ganz besonders zu rechtfertigen. Ueberdieß ist in Ermangelung jeder abweichenden Nachricht die Annahme begründet, daß hier der Ordinarprozeß eintrat.

Der Provocation zum Sacramentum müssen indeß auch hier bestimmt formulirte Erklärungen der Partheien vorhergegangen sein, über die wir nach spätern Analogien nur soviel als feststehend annehmen dürfen, daß der Kläger 1) die That, deren er den Gegner beschuldigte, mit größter Bestimmtheit angeben[14]) und 2) die Forderung eines Sühngeldes (damnum decidere oportere) aussprechen mußte[15]).

Die Untersuchung konnte hier vom Prätor selbst geführt

12) *Gai.* III. § 223. *Coll.* II. 5. *Gell.* XVI. 10, 8. XX. 1, 12. Vergleicht man die einfachen Bestimmungen der Zwölf Tafeln mit den langen Catalogen körperlicher Verletzungen und ihrer Bußen in den altdeutschen Gesetzen, so wird auch hierin der höhere Culturstand klar.

13) *Gai.* III. § 190. Vgl. *L. 50. pr. L. 80. § 1. D. de furtis* (47, 2).

14) Für Injurie vgl. *Coll.* II. 6., Furtum *L. 19. pr. — § 4. D. de furtis* (47, 2). Hierauf scheint zu beziehen *Cic. de nat. deor.* III. 30. illa actio: OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE.

15) *Cf. Gai.* IV. §§ 37. 45. In dem oportere und der gesetzlichen Bestimmtheit des Sühngeldes liegt der Unterschied vom Pactum Note 11. Versuche, die Formel zu restituiren, s. bei Keller, Civilpr. Note 220, Rudorff, Rechtsg. II. § 21 S. 78.

oder einem Judex überwiesen werden. Letzteres war gegen das Ende dieser Periode bei Injurien wegen der Geringfügigkeit des Objects, bei furtum nec manifestum wegen der nothwendigen Taxation ohne Zweifel das Gewöhnliche[16]).

§ 48. Anderer Natur und deshalb auch prozessualisch anders zu behandeln waren diejenigen Fälle des Unrechts, da nicht eine persönliche Verletzung (delictum), sondern Beschädigung (noxia), eine Vermögensverminderung, als Grund der Klage behauptet, und nicht Sühne (poena), sondern der Ersatz des Schadens (litis aestimatio) gefordert wurde. In der Person des Klägers ist hier die Klage durchaus sachlich bedingt, er verfolgt das Seine (rem persequitur), wenn auch vielleicht der Beklagte, insofern er für seine That büßt, eine Strafe (poena) erleidet[1]).

Die allgemeinste Schadensklage dieser Art, welche die Zwölf Tafeln aufstellten, ist die actio de rupitiis sarciendis gegen den Verderber fremder Sachen[2]). Sie ist nicht ex delicto, denn sie setzt bei dem Urheber des Schadens nicht böse Absicht (dolus) voraus[3]); nicht poenalis, denn sie geht auf reinen Ersatz in natura oder in Gelde[4]).

16) Wenn der Magistrat selbst über die Schuld urtheilte, mochte, wie Keller Civilpr. S. 61 annimmt, ein arbitrium liti aestimandae folgen.

1) Vgl. Savigny, System V. § 210.

2) *Festus* v. *Rupitias* in XII significat damnum dederit. *Paul. rec. sent.* I. 12. § 2. Ex his (*sc. XII*) qui ancillam alienam corrupit *rel.* cf. 13. § 6. *L. 9. D. de incend.* (47, 9). *Gai. lib. IV. ad leg. XII tab.* Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit *rel.* Vgl. Rudorff, Rechtsg. I. § 41 S. 98. II. § 108 S. 359. Huschke, Gaius S. 106.

3) *L. 9. cit.* — vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit (die Criminalstrafe der Zwölf Tafeln); si vero casu, id est negligentia, — noxiam sarcire iubetur. Bemerkenswerth ist, daß die Zwölf Tafeln unter casus den durch größere Sorgfalt zu verhütenden Unglücksfall begriffen; die Beurtheilung der Schuld war dem Judex überlassen.

4) *Festus* v. *Sarcito* in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato. *L. 9. cit.* — noxiam sarcire iubetur. *Paul. cit.* — aliam (*sc. ancillam*) reformare cogendus est.

Dem Delict noch ferner stehen folgende specielle Schadensklagen der Zwölf Tafeln:

1) wegen Beschädigung durch ein fremdes Thier haftet der Eigenthümer desselben der actio de pauperie oder de pastu, so jedoch, daß er durch Hingabe des Thiers (noxae datio) sich liberiren kann[5]);

2) wegen eines Schadens, der einem Grundeigenthümer mittelbar aus der Thätigkeit des Nachbarn auf dem eignen Grund und Boden entsteht, durch Aenderung des natürlichen Wasserablaufs die actio pluviae arcendae[6]) und durch Hinüberdrängen eines öffentlichen Weges die actio viae reiectae[7]). Denn dieses Thun ist kein directer Eingriff in die Rechtssphäre des Andern und die Klage geht nur auf Herstellung des frühern Zustandes oder auf Schadensersatz. Der erstern haftet auch nicht bloß der Thäter, sondern jeder Besitzer. Ja durch Interpretation wurde sie auf Caution wegen des künftigen Schadens ausgedehnt[8]).

Sowohl die freiere Beurtheilung des Klaggrundes als die Unbestimmtheit ihres Gegenstandes, Natural- oder Geldersatz, und die Taxation des letztern oder Caution, ließ die strenge sacramenti actio weniger geeignet erscheinen und veranlaßte, wie wir theils wissen[9]), theils vermuthen dürfen[10]), die Instruction der Sache per iudicis postulationem.

Zwischen beiden Arten, den reinen Straf- und den Schadensklagen, in der Mitte (actio mixta) stand die actio arborum furtim caesarum[11]). Denn durch ihren Grund, das heimliche, also böswillige Abhauen fremder Bäume, ist sie ex

5) *Paul. rec. sent.* I. 15. § 1. *L. 1. pr. D. de pauperie* (9, 2). *L. 14. § 3. D. de praescr. verbis* (19, 5).

6) *Lex XII*: Si aqua pluvia nocet. *L. 21. pr. D. de statu lib.* (40, 7). *Dig.* 39, 3.

7) *L. 3. pr. D. de via publ.* (43, 11).

8) *L. 21. pr. cit. L. 5. D. ne quid in loco publ.* (43, 8).

9) Für die actio aq. pluv. arc. *Cic. top. 9. L. 23. § 3. D. de aqua pluv.* (39, 3).

10) Rudorff, Rechtsg. II. § 22 Note 3

11) *Dig. 47. 7. arborum furtim caesarum*, insbesondere *L. 1. pr. Gai.* IV. § 11.

delicto; ihrem Gegenstande nach eine Schadensklage, obgleich der Ersatz, wie ja auch bei manchen Contracts- und Quasicontractsklagen[12]), voll gegriffen, d. h. auf das Doppelte des erweislichen Schadens bestimmt wird[13]). Welche legis actio angewandt wurde, wissen wir nicht. Denn der Formfehler, der nach Gaius Erzählung den Verlust der Sache zur Folge hatte[14]), war ebensowohl in der „Demonstratio" der iudicis postulatio, als in der „Intentio" der sacramenti actio möglich[15]).

Eben dieser Zwittergattung (actiones mixtae) gehörte die neue, in der Lex Aquilia aufgestellte allgemeine Schadensklage (actio damni iniuriae) an[16]). Das Gesetzesjahr kennen wir nicht, doch fällt es ohne Zweifel in die Zeit, wo das System der Legis Actiones schon seiner Auflösung entgegenging. Nach der Gesetzesformel tantum aes domino dare damnas esto bil-

12) Z. B. actio depositi und de rationibus distrahendis. Das Duplum vertrat in dem einfachen Zwölftafelrecht das schwer erweisliche indirecte Interesse, das ja auch später wegen Dolus präſtirt werden muß.

13) Für den Kläger ist es Schadensersatz, den er nur einmal erhält, *L. 1. L. 9. L. 11. D. arb. furt. caes.* (47, 7), für den Beklagten Strafe, die jeder unter mehreren Thätern voll zahlt, *L. 6. pr. § 1. eod.*, nicht aber der Erbe *L. 7. § 6. eod.* — Wie sich dazu die Vorschrift der Zwölf Tafeln, daß jeder Baum mit 25 As zu büßen sei, verhält, ist nicht klar. *Plin. hist. nat.* XVII. 1.

14) *Gai.* IV. § 11. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdedisse, quia debuisset arbores nominare, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

15) Aus der Zusammenstellung mit der actio aq. pluv. arc. und fin. regundorum *L. 5. § 3. h. t.* möchte man auf die erstere schließen.

16) Auch sie ist in der Person des Klägers eine Schadensklage, wenngleich der Schaden nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes nicht nach dem Zeitpunkt der Klage, sondern quanti id in eo anno, in triginta diebus proximis plurimi fuit geschätzt wird; für den Beklagten ist es Strafe der That, die von mehreren Thätern mehrmals, vom Erben nicht gezahlt wird. In der Bezeichnung und Begründung dieser Eigenschaft schwanken bekanntlich die Quellen. *Gai.* IV. §§ 9. 112. *§ 9. I. de leg. Aq.* (4, 3). *§ 19. I. de act.* (4, 6). *L. 23. § 8. L. 11. § 2. D. ad leg. Aquil.* (9, 2). — Also war schon in der Zeit der legis actiones der Grund zu der Eintheilung der Klagen gelegt, die Gaius IV. §§ 6–9. an die Spitze der Lehre stellt.

beten die Rechtslehrer die Legis Actio als eine manus iniectio pura, die gegen den Leugnenden auf das Doppelte geht, während die Abschätzung des Schadens in jedem Fall, nach Art der iudicis postulatio, die Bestellung eines Geschwornen nothwendig macht[17]).

Ueberleitung zum Judicium (litis contestatio).

§ 49. War der Rechtsstreit durch Vollziehung der Legis Actio instruirt, so konnte nur nach Maaßgabe derselben die Untersuchung und Entscheidung erfolgen.

Beides lag entweder in der Hand der Gerichtsobrigkeit selbst und konnte dann sofort oder in einem zweiten Termin (in iure) stattfinden, oder wurde Geschwornen überwiesen, womit die Sache in das iudicium überging. Bei den ständigen Geschwornencollegien der Centumvirn und Decemvirn bedurfte es keiner Anordnung desselben. Einzelngeschworne (iudices, arbitri, recuperatores) mußten von dem Prätor, unter entscheidender Mitwirkung der Partheien zur Wahl der Personen, für die bestimmte Sache ernannt werden (iudicis s. recuperatorum datio addictio)[1]). Im ordentlichen Prozeß sacramento und per condictionem geschah dieß nach Vorschrift der Lex Pinaria, Silia und Calpurnia in einem zweiten Termin, nehmlich am dreißigsten Tage nach der ersten Instructionsverhandlung[2]). Bei der iudicis postulatio und im Gastgericht wurden die Arbitri und Recuperatoren wohl sofort gewählt und addicirt.

Erst damit konnte in diesen Fällen die Legis Actio für vollzogen, der Rechtsstreit für vollständig instruirt (iudicium

17) S. oben § 45 Note 34. 35.

1) Sg. *Lex Mamilia c. 5. L. 39. pr. L. 46. L. 80. D de iudiciis* (5, 1). Die Bestellung des Judex ist damit als Theil der legis actio charakterisirt. *Varro de LL.* VI. §§ 30. 61. Trebatius bei *Macrob. Sat.* I. 16, 28.

2) *Gai.* IV. §§ 15. 18.

ordinatum) gelten und daß dieß geschehen sei, wurde von beiden Theilen durch eine feierliche Zeugenaufrufung (litis contestatio) constatirt.

Denn also wird das Wesen dieser zweiseitigen Handlung, ohne Zweifel nach guten alten Autoritäten, in der Epitome des Festus bezeichnet:

> *Contestari* est, cum uterque reus dicit: TESTES ESTOTE. *M. p.* 38.

und abermals:

> *Contestari litem* dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: TESTES ESTOTE. *M. p.* 57.

Die Möglichkeit, daß die Litis Contestation in einem andern feierlichen, den Rechtsstreit feststellenden und begründenden Act bestanden, auf den die Zeugenaufrufung sich bezogen hätte[3]), wird durch die erste Stelle schlechthin ausgeschlossen; durch die zweite aber nicht nothwendig gefordert, da der Name ja in der Regel von dem Wesen der Sache, nicht von einem Beiwerk entnommen wird, auch die Definitionen der römischen Juristen und Grammatiker sich eben nicht durch Concinnität des Ausdrucks auszeichnen.

Ueberdieß wird diese Auslegung durch den Zusammenhang der Sache bestätigt. Der Rechtsstreit war seinem Grund und Gegenstande nach durch die vorausgehende Verhandlung, die Legis Actio selbst, soweit möglich, vollständig und feierlich festgestellt; auch waren dadurch alle Verpflichtungen, die er für die Partheien mit sich führt, begründet. Wozu hätte also ein solcher Act noch gedient?

Dagegen war die Aufrufung von Zeugen, die dieser Verhandlung beigewohnt, deshalb nothwendig, weil von schriftlicher

3) Puchta, Instit. § 172 II. S. 188 folg., der jedoch diesen Act nur als einen symbolischen betrachtet, die Wirkungen, wie wir, aus der Ordination des Judiciums selbst ableitet, überdieß leugnet, daß die L. C. ein Contract gewesen. Die von Puchta a. a. O. Note c angeführten Schriftsteller und Rudorff, Rechtsg. II. § 71 behaupten auch dieß.

Aufzeichnung derselben, etwa in einem gerichtlichen Protokoll, in dieser ältesten Zeit noch keine Rede war, dennoch aber von ihr der Verlauf und Ausgang des Judiciums abhing, in diesem also der Beweis, daß die Legis Actio so und nicht anders vollzogen worden, im Fall des Streites darüber erbracht werden mußte.

In diesem Zusammenhang liegt zugleich der entscheidende Grund für die Annahme, daß die Litis Contestatio dem Verfahren per legis actionem angehörte, wofür überdieß der feierliche Charakter der Handlung spricht, während die schriftlich ausgefertigte Formula jenen Zusammenhang zwischen Jus und Judicium noch einfacher sicherte und eine solche Litis Contestatio überflüssig machte[4]).

Eine eigenthümliche Wirkung für das streitige Recht selbst hatte sie nur insofern, als sie die Vollendung der Legis Actio bezeugte. Denn die Consumtion des Klagerechts, die auf dem natürlichen Grundsatz ruht, daß jede Sache nur Einmal zum Gegenstand des Rechtsstreits vor Gericht gemacht werden soll, wird in dieser ältesten Zeit nicht an die Litis Contestatio, sondern an die Legis Actio geknüpft[5]), so daß sie, auch wo jene wegfiel, eintrat[6]).

Den Uebergang zum Judicium selbst bildete die gegenseitige Aufforderung der Partheien (denuntiatio), an einem bestimmten Tage vor demselben zu erscheinen. Bei den Einzelgeschwornen war es regelmäßig der dritte Tag (dies perendinus)[7]). Bei den Geschwornencollegien muß der erste Termin

4) Diese Ansicht Keller's (Litiscont. und Urtheil §§ 1—6, Civilpr. § 59) als das Ei des Columbus anzuerkennen, sträubte ich mich früher, in angewöhnten Vorstellungen befangen (Rec. in Schrader's Krit. Zeitschrift V. S. 69 folg.); später habe ich mich vollkommen von ihrer Richtigkeit überzeugt. Vgl. § 100.

5) *Gai.* IV. § 108. Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat. Eben darauf beruht der Verlust der Sache durch jeden Formfehler. *Ibid.* §§ 12. 30.

6) Z. B. wenn der Magistrat cognoscirte.

7) *Gai.* IV. § 15. Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant. *Pseudo-Ascon. ad Verr.* I. 9. *Orelli p.* 164.

von den Sitzungstagen derselben [8]), vielleicht auch von einer Rolle, abhängig gewesen sein.

Das Erscheinen der Partheien vor den Geschwornen durch Bürgschaft (vadimonium) zu sichern, war nicht nothwendig, weil das drohende Urtheil hinreichenden Antrieb dazu enthielt [9]).

---

2. Untersuchung und Urtheil.

a. Wesentliche Rechtsgrundsätze.

§ 50. Ist der Rechtsstreit nicht von vornherein durch Eingeständniß (confessio) oder Vergleich (pactum) abgewandt [1]), sondern durch Behauptung und Widerspruch begründet, durch Vollziehung der Legis Actio förmlich instruirt, so tritt er nun in ein neues Stadium, dessen Ziel die Ermittelung des concreten, thatsächlichen Rechts und die Entscheidung des Streits durch richterlichen Ausspruch, Untersuchung und Urtheil, ist. Als Fortsetzung des Rechtsstreits steht dieser Theil des Prozesses unter demselben allgemeinen Gesetz wie dessen erste Hälfte; vermöge seiner eigenthümlichen Bestimmung aber bildet er einen entschiedenen Gegensatz zu derselben, er mag übrigens vor derselben richterlichen Person, der Gerichtsobrigkeit (in iure), oder vor einer andern, vor Geschwornen (in iudicio),

8) Ob gesetzliche oder gebotene, steht dahin; ebenso ob die Centumvirn damals vom Prätor oder von Quaestura functis zusammengerufen wurden (centumviralem hastam cogere). *Sueton. Oct.* 36.

9) Hartmann, Contumacialverfahren S. 232 folg. Keller, Civilpr. § 47 S. 195. Rudorff, Rechtsg. II. § 64 Anm. S. 214. Vgl. unten § 102.

1) Die Stelle der Zwölf Tafeln I. 7., welche für diesen Theil des Prozesses Grund legend ist, knüpft daher an das Vorausgehende an mit den Worten: Ni pagunt. S. oben § 36 Note 17

verhandelt werden[2]). Letzteres war, wie wir gesehen, gegen Ende dieser Periode schon die Regel geworden[3]).

Die Partheien sind es, die auch hier vorzugsweise thätig werden; aber nicht durch bloß formelles Behaupten und Bestreiten, sondern um die Ueberzeugung des Richters für sich zu gewinnen, durch Deduction und Gegendeduction, Beweis und Gegenbeweis. Der Richter wacht auch hier über die Ordnung des Verfahrens, nimmt aber zugleich von der concreten Seite des Rechtsstreits, die jene Verhandlung der Partheien vor ihm enthüllt, Kenntniß (cognoscit)[4]), sucht eine bestimmte Ueber-

2) Die Zwölf Tafeln *l. c.* drücken dieß, an den gemeinen Sprachgebrauch anknüpfend, so aus: in comitio aut in foro, weil der Consul oder Prätor persönlich auf dem Comitium, mit Geschwornen oder durch sie auf dem gemeinen Markte, in foro, cognoscirte. So bezeichnet *Plaut. Curcul.* IV. 1, 9. (470) das Comitium schlechthin als den Ort, wo (vor dem Prätor) die falschen Eide geschworen werden (§ 44 Note 12), das Forum in seinen verschiedenen Theilen als den Ort verschiedenartigen Verkehrs.

3) Uebersicht der Fälle: bei allen Vindicationen die Centumvirn und Decemvirn oder Ein Judex; bei Schuldklagen ex contractu auf Certum per condictionem ein Judex; im Executivprozeß per manus iniectionem der Prätor; auf Incertum per iudicis postulationem ein Arbiter; ex delicto mit Sacramentum der Prätor oder ein Judex; bei Schadensklagen per iudicis postulationem ein Arbiter; in allen Fremdenprozessen Recuperatoren.

4) *Lex XII cit.* ante meridiem causam conscito, quom perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti litem addicito. Die Lesart coniicito, für welche bei dem *Auct. ad Herenn.* II. 13. und *Gell.* XVII. 2, 10. nach den besten Handschriften die angesehensten Kritiker sich entscheiden, halte ich für eine falsche Lesart des Gesetzes selbst aus einer Zeit, da man dessen Urtext längst nicht mehr einsah, das in diesem Sinn (vgl. *Forcellini* v. *conscio*) veraltete Wort conscire nicht mehr kannte und deshalb die causae coniectio, richtiger collectio (s. § 51 Note 5) hier unterschob. Daß von dieser das Judicium eröffnenden Partheihandlung hier nicht die Rede sein kann, ist evident, da in den Worten cum perorant ambo praesentes das Plaidoyer vorausgesetzt und in dem bestrittenen Worte, wie in dem folgenden addicito, der Richter zum Handeln aufgefordert wird. Vgl. Dirksen, Zwölftafelfragm. S. 174 folg. Durch diese allerdings gewagte, aber mir unzweifelhafte Herstellung der ursprünglichen Lesart conscito (über die grammatische Form freilich werde ich mich von Kennern gern belehren lassen) gewinnen wir für dieses älteste Recht den wichtigen, ja unentbehrlichen Begriff der cognitio, worunter nur nicht das inquisitorische Verfahren der Magistrate in der Kaiserzeit (s. Rudorff's Rechtsg. II. § 59), sondern die Kenntnißnahme (notio) des erkennenden Richters, Judex oder Prä-

zeugung davon zu gewinnen und legt diese in einem den Rechtsstreit für immer entscheidenden Ausspruch, dem Urtheil (sententia, iudicatum) nieder.

Desgleichen ist das Object der Verhandlung eben dasselbe wie bei der Instruction, ja es ist Hauptbestimmung dieser letztern, eben dieß Object des Rechtsstreits festzustellen, um dadurch der Untersuchung und dem Urtheil, der zweiten Hälfte des Prozesses, Richtung und Maaß zu geben.

Gegenstand des Rechtsstreits aber ist, wie wir gezeigt, nach römischer Auffassung nicht sowohl das Unrecht des Beklagten, als das Recht des Klägers, das Jener bestreitet. Und hieraus allein erklärt sich der wichtige Grundsatz, der, weil in dem römischen Begriff vom Rechtsstreit gegründet, schon in dieser ältesten Zeit gelten mußte, nehmlich daß der Kläger es ist, dem es zunächst zukommt und obliegt, den erkennenden Richter von der Existenz seines Rechts zu überzeugen, nicht wie im germanischen Recht der Beklagte, die gegen ihn erhobene Beschuldigung durch Eid oder wie sonst zurückzuweisen[5]).

Ohne Zweifel wurde dieser Grundsatz schon in dieser Zeit dadurch anerkannt, daß dem Kläger und seinem Redner (patronus) in der Hauptverhandlung (peroratio) das erste Wort gegeben, daß er zuerst mit seinen Deductionen und Beweisen gehört, erst dann dem Beklagten zu Gegendeductionen und Gegenbeweisen Raum gewährt wurde[6]).

Hauptsächlich aber mußte dieser Grundsatz sich bei dem Urtheil wirksam erweisen. War es dem Kläger nicht gelungen, den Richter von der Existenz seines Rechts zu überzeugen, so konnte

tor, von den Deductionen und Beweisen beider Partheien (daher con-) zu denken ist. In demselben Sinne habe ich mir erlaubt, das Wort „Untersuchung" hier zu gebrauchen. Vgl. *Dirksen Manuale lat. font.* v. *cognitio, cognoscere, notio* u. s. w.

5) Insofern „galt das Wort des unbescholtenen Mannes nicht zu seinen Gunsten" (Mommsen, röm. Gesch. I. S. 847). Der Beklagte war nicht genöthigt, die unerwiesene Klage durch Eid u. s. w. zurückzuweisen, auch nicht dazu berechtigt, wenn der Kläger ihm nicht den Eid zugeschoben hatte.

6) Für die spätere Zeit *Cic. pro Quintio c.* 2. priore loco causam dicere.

dieser unmöglich für ihn, er mußte für den Beklagten erkennen, diesen für immer von der Klage entbinden, dem Kläger das behauptete Recht absprechen, wenngleich Jener für seine Bestreitung dieses Rechts auch nichts Ueberzeugendes beigebracht hatte. So nicht bloß bei Schuldklagen aller Art, wo es am natürlichsten erscheint, sondern auch bei allen Vindicationen, obgleich bei diesen der Beklagte in der Contravindicatio gleichfalls ein Recht in Anspruch nahm. Denn auch hier konnte der Schein des Rechts nur durch die Wahrheit, der Besitz des Beklagten nur durch das erwiesene Recht des Klägers aufgehoben werden [7]). Es war daher allgemeine, althergebrachte Maxime der Geschwornen, der als in der Natur der Dinge begründet gewiß auch die Gerichtsobrigkeiten folgten, wenn es an allen Beweisen fehlte, für den Beklagten zu erkennen, d. h. ihn von der Klage zu entbinden [8]). Eigenthümlich war es jedoch den Vindicationen, daß auf Grund der Contravindicatio auch ein positives Urtheil zu seinen Gunsten gefällt werden konnte, natürlich aber nur dann, wenn er von dem seiner Seits behaupteten Recht, sei es Eigenthum, persönliche Freiheit oder was sonst, den Richter überzeugt hatte [9]).

Ob freilich und wodurch der Richter sich überzeugt halten dürfe, war ihm nicht gesetzlich vorgeschrieben, sondern hing ganz von seiner gewissenhaften Erwägung ab, die in dieser Periode wohl weniger durch juristische Logik, als durch natürliche Wahrscheinlichkeitsgründe bedingt war, so daß in Ermangelung aller Beweise selbst die sittliche Persönlichkeit und Glaubwürdigkeit der einen und andern Parthei als entscheidend betrachtet wurde [10]).

7) Deshalb bestimmte die Regulirung des Besitzstandes (vindicias dicere) über die Partheirolle im Judicium die Beweislast und den davon abhängigen Ausgang des Prozesses. S. oben § 42.

8) Cato bei *Gell.* XIV. 2, 26. S. Note 10.

9) S. oben §§ 40. 41. Im spätern Recht ist davon nur übrig geblieben, daß in dem Präjudicium de libertate und de ingenuitate auch der Beklagte den Beweis übernehmen und durch denselben ein positives Urtheil zu seinen Gunsten erwirken kann. Vgl. *L. 14. D. de prob.* (22, 3). *L. 27. § 1. L. 39. pr. D. de lib. causa* (40, 12).

10) *Gell.* XIV. 2, 26. Verba ex oratione M. Catonis *(pro L. Tu-*

Die feinere Entwicklung dieser Grundsätze über Beweislast im unmittelbaren Anschluß an die Natur der Rechtsverhältnisse selbst gehört der spätern Jurisprudenz an. Das Princip aber ist dasselbe geblieben, ja mit der römischen Anschauung vom Rechtsstreit, dem Begriff der Actio, auf dem es ruht, in unser heutiges Recht übergegangen[11]). Diesen Begriff aber, wie er schon in der Legis Actio ausgeprägt ist, in voller Schärfe und seiner ganzen Bedeutung zur Evidenz zu bringen, darauf kam es hier an.

---

b. Rechtliche Gestaltung.

§ 51. Wenngleich dieser Theil des Prozesses seinem Zweck gemäß, der nicht wie der der ersten Hälfte in Feststellung hypothetischer Rechte des einen und andern Theils, sondern in der Ueberzeugung des Richters von dem wirklichen Recht besteht, also einer Seits in das thatsächliche, anderer Seits in das geistige Gebiet übergreift, einen freiern Charakter haben mußte, so fehlte es ihm doch keineswegs an einer gesetzlich bestimmten Form, die wesentlich durch den Inhalt bedingt war.

Dahin gehört vor Allem der wichtige Grundsatz der Zwölf Tafeln, daß diese Verhandlung an einem und demselben Tage begonnen, durchgeführt und durch Fällung des Urtheils beendigt

rio contra Cn. Gellium) — haec sunt: Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent uti testes non interessent, illi unde petitur, ei potius credendum esse. nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio: NI VIR MELIOR ESSET GELLIUS QUAM TURIUS, nemo opinor tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium. Si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi unde petitur.

11) Wenn ich früher (Versuche R. V. S. 319 folg.) behauptete und durchzuführen unternahm, daß diese Grundsätze nicht positiv, sondern in der Natur der Sache gegeben seien, so wurde dabei der römische Begriff der actio vorausgesetzt, und die ganz abweichende germanische Auffassung des Rechtsstreits außer Acht gelassen.

werden' soll. Deshalb setzten sie den Anfang der Untersuchung auf den Vormittag an und verlangten, daß die Entscheidung an demselben Nachmittag, jedoch vor Sonnenuntergang erfolge[1]). Daß, wenn der ganze Tag durch Reden, Zeugenverhöre u. s. w. weggenommen und die Sache doch noch nicht spruchreif war, sie in Folge einer ampliatio ausnahmsweise schon damals in einem zweiten Termin von neuem verhandelt wurde, ist nicht zu bezweifeln[2]). Jenes aber war gesetzliche Regel. Der Zweck dieser äußersten Zeitbeschränkung lag auch nicht bloß in Verhütung der Verschleppungen, an denen alle Prozeßordnungen der Welt mehr oder weniger leiden, sondern überwiegend wohl darin, daß aus der zusammenhängenden, lebendigen und im Bewußtsein zu überschauenden Entfaltung der Sache, wie sie das gedrängte Plaidoyer Einer Sitzung gewährt, die wahrste Ueberzeugung des Richters sich bildet, weshalb ja auch unsre Geschwornengerichte annähernd denselben Grundsatz befolgen[3]).

1) Der regelmäßige Gang der Verhandlung selbst war von dem Erscheinen beider Partheien[4]) an dem bestimmten Tage abhängig.

Sie begann dann mit einer kurzen Exposition der Sache (causae collectio), durch welche der Geschworne (iudex) oder das Geschwornencollegium (centumviri u. s. w.) die erste allgemeine Kenntniß von ihr erhielt[5]), auch von der Lage, in die

1) *Lex XII tab.* I. 7—9. ante meridiem causam conscito, quom perorant ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto. *Gell.* XVII. 2, 10.

2) Vgl. Keller, Civilpr. § 66 S. 273.

3) Anders die unendliche Reihe der Cognitionen in der spätern Kaiserzeit und gar der schriftliche Prozeß des gemeinen Rechts, wo der Richter die Momente seiner Ueberzeugung mühsam aus den Acten zusammensucht und, was der Buchstabe nicht faßt, ihm verloren geht.

4) *Lex XII tab. cit.* ambo praesentes.

5) *Gai.* IV. § 15. deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breve coactio. *Pseudo-Ascon. in Verr.* I. 9. *Orelli* V. p. 164. *Gell.* V. 10, 9. *Non. Marc.* IV. 89. Diese Grammatiker und der Jurist Sa-

sie durch die Instruction in iure gekommen war, nöthigen Falls mit Hülfe der in der Litiscontestation aufgerufenen Zeugen, unterrichtet wurde. Bei der Untersuchung durch den Prätor fiel dieß Stück natürlich weg.

Dann erst folgte die ausführliche mündliche Verhandlung (peroratio)[6], die schon in dieser Periode in Gegenwart der Partheien[7]) von ihren Rednern (oratores) geführt wurde, ein Geschäft, das nicht Gewerbe, sondern das Mittel war, wodurch senatorische Männer beim Volke die Gunst und den Einfluß eines Beschützers (patronus) zu gewinnen suchten[8]). Als im sechsten Jahrhundert Geldgier schon die bessere alte Sitte bedrohte, fand man es nöthig, den Mißbrauch dieser Stellung zu Erpressungen und die Herabwürdigung der Institution des Sachwalters durch das Verbot jedes Geschenks an denselben (lex Cincia de donis et muneribus a. 550 u. c.) zu verhüten[9]). Die gerichtliche Beredtsamkeit dieser Zeit erhob sich zwar noch nicht über das Niveau einer vorsichtigen und sachgemäßen Geschäftssprache[10]). Doch ist es bemerkenswerth, daß auch von dieser Seite, wie von der des Richters, die Rechtspflege in den Händen der höhern gebildeten Stände lag, folglich einen mehr kunstmäßigen als popularen Charakter hatte.

Den Inhalt der Reden bildete die nicht von einander zu trennende thatsächliche und rechtliche Deduction der Sache ihrer

binus bei Paulus in *L. 1. D. de reg. iuris* (50, 17). haben dafür die Form coniicere und coniectio, die mit einer alten Variante im Text der Zwölf Tafeln (vgl. § 50 Note 4) zusammenzuhängen scheint, die ich aber hier aus sprachlichen Gründen, wie dort aus sachlichen, für verwerflich halte.

6) *Lex XII tab.* Note 1. quom perorant ambo praesentes. *Gai. cit.* Note 5. ante quam apud eum causam perorarent.

7) Insofern war auch bei der Untersuchung keine Vertretung zulässig.

8) Solche frei gebildete Patronate sind sammt ihren Mißbräuchen die unentbehrlichen Begleiter der Freiheit. So in England.

9) *Liv.* XXXIV. 4. *Festus epit.* v. *Muneralis. Tac. Ann.* XI. 5. ne quis ob causam orandam pecuniam donumve (munusve) accipiat.

10) Belege dafür sind die erhaltenen Bruchstücke aus den Reden des ältern Cato, nehmlich im Vergleich mit Cicero's glänzenden Plaidoyers.

Clienten. Die thatsächlichen Anführungen wurden sofort[11]) durch Beweise, unter denen die Zeugen, freiwillige oder als Mancipationszeugen gezwungene[12]), jetzt noch die wichtigsten waren[13]), unterstützt; die rechtlichen Behauptungen durch Berufung auf juristische Autoritäten, die auch wohl als Zeugen des Rechts (advocati)[14]) oder Redner (oratores) vor Gericht mit erschienen (disputatio fori)[15]).

Nicht minder standen Rechtsgelehrte dem Richter als Beisitzer (advocati) zur Seite, mit denen er in geheime Berathung trat (in consilium ire), ehe er vor den Partheien seine rechtliche Ueberzeugung (ex animi sui sententia) im Urtheil aussprach.

2) Ist eine der Partheien oder der Geschworne durch „echte Noth", als schwere Krankheit (morbus sonticus)[16]), einen mit einem Fremden verabredeten gerichtlichen Termin (status condictus dies cum hoste)[17]) u. A., zu erscheinen

11) Vgl. Keller, Civilpr. § 66 Note 760.

12) *Lex XII tab.* VIII. 22. Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. *Gell.* XV. 13, 11. VII. 7, 3. Nur dem Staat ist jeder Bürger sein Zeugniß schuldig; daher z. B. später bei der Popularklage der sg. *lex Mamilia c.* 5. Magistratus — testibus publice duntaxat in res singulas decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e re publica fideque sua videbitur. Vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R.-W. IX. S. 406 folg., Rechtsg. II. § 76 Note 15. — Ob die feierliche Aufrufung zum Zeugniß (obvagulatio) der Zwölf Tafeln II. 3. (*Festus* v. Portum und Vagulatio), die jeden Falls eine Verpflichtung voraussetzt, sich auf die Mancipationszeugen oder den Criminalprozeß bezieht, wissen wir nicht. Vgl. Haubold Opusc. I. p. 147. sqq. Mommsen, Ztschr. für Alterthumswiss. 1844 S. 466. — Falsches Zeugniß bestraften die Zwölf Tafeln mit dem Tode. *Gell.* XX. 1, 53.

13) Cato bei *Gell.* XIV. 2, 26. erwähnt als Beweismittel nur Zeugen, Favorinus § 21. setzt die tabulae hinzu. Als Privaturkunden werden bei Plautus zwar häufig Briefe, Anweisungen mit einem Symbolum (nach griechischem Gebrauch?), die rationes der Argentarien u. A. erwähnt, aber nicht gerade als Beweismittel im Prozeß.

14) *Pseudo-Ascon. in Cic. Divin. c.* 4. advocatus, si aut ius suggerit aut praesentiam suam commodat amico.

15) S. oben § 26 Note 3.

16) *Festus* v. *Sonticum morbum* und *Sontica causa*. *Gell.* XX. 1, 27. *L. 60. D. de re iud.* (42, 1).

17) *Plaut. Curc.* I. 1, 4. *Cic. de off.* I. 12. Vgl. *Gell.* XVI. 4, 4.

verhindert, so soll die Tagefahrt aufgehoben sein (dies diffisus)[18]).

Dagegen ermächtigen die Zwölf Tafeln, wenn eine Parthei ohne triftige Entschuldigung bis zur Mittagsstunde ausbleibt, den Richter nicht nur, in deren Abwesenheit das Urtheil zu fällen, sondern weisen ihn selbst an, zu Gunsten des erschienenen Gegners zu erkennen[19]).

Die Bedeutung dieses ältesten Contumacialverfahrens ist bestritten, aber um so wichtiger, als das römische Recht auch auf diesem Punkt bis in die späteste Zeit sich nur folgerichtig entwickelt, nicht in ein entgegengesetztes Princip umgeschlagen haben kann.

Man hat die Vorschrift der Zwölf Tafeln auf die Instructionsverhandlung bezogen[20]). Allein theils findet sich dafür dort keine Stelle[21]), theils widerspricht dieser Annahme der Zusammenhang des Zwölftafeltextes, der im Fall des Erscheinens beider Theile von Untersuchung des Richters (conscito) und dem ausführlichen Durchsprechen der Sache (perorant) redet[22]). Sie ist also unzweifelhaft auf diesen zweiten Haupttheil des Prozesses zu beziehen, er mag nun vor der Gerichtsobrigkeit oder vor den Geschwornen statt finden.

18) *Lex XII tab.* II. 2. *L. 2. § 3. D. si quis caut.* (2, 11). *Festus* v. *Reus M. p.* 273. — Das nicht entschuldigte Ausbleiben des Geschwornen büßte dieser im spätern Recht durch Ersatz der Sache selbst (litem suam facit). *Macrob. Sat.* II. 12.

19) *Lex XII tab.* I. 8. Post meridiem praesenti litem addicito. *Gell.* XVII. 2, 10

20) Rudorff, Rechtsg. II. § 94 S. 310 bezieht die Stelle auf die prätorische addictio der vindicirten Sache. Allein addicere ist nach *Festus epit. h. v.* auch gleich damnare, kann also vom Judex gesagt werden, und lis heißt jedes Streitobject. S. oben § 31 Note 5 und *L. 36. D. de verb. sign.* (50, 16). Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit.

21) Rudorff a. a. O.: „wenn bis nach Mittag auf den Contravindicanten vergeblich gewartet ist". Aber wie kann er erwartet werden? Er war in ius zu vociren; oder im Fall des vadimonium desertum tritt der gewöhnliche Erfolg ein. Vgl. § 34 Note 6.

22) Rudorff a. a. O. beruft sich auch für seine Auslegung auf den Zusammenhang, wahrscheinlich wegen ni pagunt, was sich allerdings auf die Instruction in iure bezieht. Aber zwischen diesem und unseren Worten steht conscito und perorant, was unwidersprechlich auf die Untersuchung deutet.

Hier nun ist zuvörderst der Gedanke an eine Strafe des Ungehorsams (contumacia) der ausgebliebenen Parthei zu entfernen, weil der Termin nicht sowohl auf Befehl des Richters als auf Verabredung der Partheien beruht.

Vielmehr kann aus dem unentschuldigten Ausbleiben der Parthei nur geschlossen werden, daß sie auf die weitere Verfolgung ihres Rechts verzichte, ein Verzicht, der jedoch in diesem Stadium des Prozesses, wo nicht mehr von Geltendmachung der Rechte, sondern von ihrem Beweise und der Ueberzeugung des Richters die Rede ist, nicht sowohl formell wirkt, als vielmehr als präsumtives Eingeständniß die Entscheidung des Richters bestimmt.

Aus diesem Grunde also wiesen die Zwölf Tafeln den Richter, sei es der Prätor oder ein Judex, an, die Sache dem Gegenwärtigen zuzusprechen (praesenti litem addicito), d. h. wenn der Kläger erschienen ist, ohne Beweis und Untersuchung sein Recht als erwiesen zu betrachten und den abwesenden Beklagten demgemäß zu verurtheilen; umgekehrt wenn der Beklagte allein gegenwärtig ist, ihn von der Klage zu entbinden, dem Kläger das behauptete Recht abzusprechen.

Nur hieraus, daß auch in diesem Fall die Ueberzeugung des Richters als Grundlage des Urtheils gedacht wird, erklärt es sich, daß in späterer Zeit Prätoren und Judices, abweichend von der strengen Vorschrift der Zwölf Tafeln, sich für ermächtigt hielten, auch in Abwesenheit eines Theils eine Untersuchung anzustellen und wenn diese dem Abwesenden günstig ausfiel, für ihn zu erkennen[23]). Ein Grundsatz, der auch noch unsern heutigen gemeinen Civilprozeß beherrscht.

Das **Urtheil** ist allemal in seinem Inhalt durch den Gegenstand des Streits bedingt, weil es diesem ein Ziel setzen soll[24]), wenn es auch wie im Sacramentsprozeß der Form nach

23) Vgl. **Keller**, Civilpr. § 69 S. 289.

24) *L. 1. D. de re iud.* (42, 1). ***Modestin.*** Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione iudicis accipit; quod vel condemnatione vel absolutione contingit. Letzteres ist

die Wette des Einen oder Andern für gewonnen erklärt (sacramentum iustum iudicare)[25]), also nur mittelbar das Object des Streits dem Einen oder dem Andern zuspricht. In diesem Sinn wurde das Urtheil allemal auf die Sache selbst gerichtet[26]), die jedoch, wie wir gleich sehen werden, um exequibel zu sein, in gewissen Fällen durch Abschätzung in einem arbitrium liti aestimandae in eine Summe Geldes verwandelt werden mußte[27]). Erst nach Beseitigung auch dieser Ungewißheit konnte in diesen Fällen von res iure iudicatae die Rede sein[28]).

C. Verfolgung des erstrittenen Rechts (Execution).

§ 52. Mit der Entscheidung des Rechtsstreits im Urtheil ist er zu Ende (res iudicata = finita) und eine Erneuerung desselben ausgeschlossen[1]), nicht bloß im Interesse der Autorität des Staats, in dessen Namen der Rechtsspruch gefällt worden[2]), sondern auch der Partheien, die Rechte daraus erworben haben. Allein in der Ausübung dieser Rechte sind sie von Seiten des Staats zu schützen, und hieraus kann der Gerichtsobrigkeit, der vermöge ihres Imperiums der Rechtsschutz überhaupt obliegt, eine neue Aufgabe erwachsen.

für diese älteste Zeit und selbst für die spätere nur insofern wahr, als der Richter nur entweder für den Kläger oder für den Beklagten, kein non liquet aussprechen kann.

25) S. oben § 37 Note 14.

26) *Gai.* IV. § 48. iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat.

27) Vgl. Keller, Civilpr. § 16.

28) *Lex XII tab.* III. 1. — rebusque iure iudicatis. Vgl. § 53 Note 8.

1) *L. 6. D. de exc. rei iud.* (44, 2). *Paul.* Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit: ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur. Dem Paulus treten hinter diesem Nützlichkeitsgrund die entscheidenden Rechtsgründe zurück.

2) *L. 65. § 2. D. ad Sc. Treb.* (36, 1). *Maecian.* — publice interest, propter rerum iudicatarum auctoritatem.

Dieß ist insbesondere dann der Fall, wenn der Kläger ein Recht erstritten hat, dessen Ausübung ihm von dem Beklagten auch ferner unmöglich gemacht wird. Es wird dann nicht sowohl eine Vollstreckung des Urtheils von Seiten des Richters, als eine Verfolgung jenes Rechts von Seiten des Klägers eintreten, durch welche der Rechtsstreit nicht erneuert, sondern die Ausübung des erstrittenen Rechts unter richterlichem Schutze begehrt wird.

Ganz dasselbe findet in dem andern Fall statt, wenn der Rechtsstreit gleich bei der Instruction durch gerichtliches Geständniß (confessio in iure) aufgehoben ist; denn dieses gilt dem richterlichen Urtheil gleich[3]).

Diese Ansicht von der Execution ist durchaus die des ältesten römischen Rechts, die je nach dem tiefgreifenden Gegensatz der Rechte selbst, den wir kennen gelernt, in einem verschiedenen Erfolg hervortritt.

1. In rem actiones.

Alle Vindicationen, wie verschiedenartig auch sonst ihre Ziele sein mögen, haben das mit einander gemein, daß durch sie nicht eine Leistung des Beklagten, eine Vermögensänderung bewirkt, sondern ein absolutes Recht, das der Kläger schon hat, das einen Theil, ja vielleicht die Grundlage seiner gesammten rechtlichen Existenz bildet, behauptet werden soll. Ist ihm nun dieses Recht im Namen des Staats zugesprochen, so steht dessen Ausübung, durch die er in die Rechtssphäre des Beklagten nicht eingreift, nichts im Wege; den factischen Widerstand aber, den dieser ihm entgegensetzt, muß er unter dem Schutz der Obrigkeit überwinden können, ohne daß er sich eines formellen Unrechts dadurch schuldig machte. Einer neuen Actio, die nur eine Vindicatio sein könnte, bedurfte es deshalb nicht; das Imperium des Magistrats genügte dazu.

Im Fall des gerichtlichen Geständnisses hatte dieß am wenigsten Bedenken, weil das Object des klägerischen Rechts re-

3) S. oben § 36.

gelmäßig gegenwärtig und ein Widerstand des Beklagten nicht zu erwarten ist. Doch fand man es nöthig, durch eine förmliche Addictio des Prätors dem Kläger den obrigkeitlichen Schutz zu sichern, wenn er die gegenwärtige bewegliche Sache oder den vindicirten Knecht oder Sohn mit sich führen, das abwesende Grundstück oder die Erbschaft in Besitz nehmen, die Servitut ausüben oder von der anerkannten persönlichen Freiheit Gebrauch machen will[4]).

Sollte derselbe Schutz des obrigkeitlichen Imperiums bei Ausübung seines Rechts ihm nicht auch in Folge des richterlichen Urtheils, der addictio in diesem Sinn[5]), gewiß sein?

Zwar wenn ihm die Freiheit zugesprochen ist, so bedarf er dieses Schutzes nur wie jeder andere freie Mensch, da er sich allemal durch die vindiciae secundum libertatem dictae bereits im factischen Zustand der Freiheit befindet.

In dem umgekehrten Fall aber, wenn er dem Kläger als Knecht zugesprochen worden, wird es später ausdrücklich bezeugt, daß dieser ihn überall ergreifen und fortführen könne[6]), wobei ihm natürlich nöthigen Falls auch das Imperium des Prätors schützend zur Seite steht. Ja es wird ferner bemerkt, daß er nicht verpflichtet sei, die litis aestimatio für den Sclaven anzunehmen[7]). Dieß ist ursprüngliches Recht.

Ebenso wurde der Vater, der obgesiegt, in der Wegführung seines Kindes durch ein prätorisches Gewaltverbot (interdictum ne vis fiat) geschützt[8]).

Dasselbe nun muß auch bei jeder andern beweglichen oder unbeweglichen Sache stattgefunden haben. Interponirte der Prätor

4) S. oben § 36 Note 8. 10.

5) Diesen zwiefachen Sinn von addictio bezeugt *Festus epit. M. p* 13. v. *Addicere* est proprie idem dicere et approbare dicendo; alias addicere damnare est.

6) *L. 30. D. de lib. causa* (40, 12). *Iulian.* — duci servum debere ab eo qui vicisset.

7) *L. 36. D. eod. Papin.* Dominus, qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur. Wohl zu merken bei der liberalis causa; denn beim Eigenthumsprozeß über einen Sclaven ist es nach späterem Recht anders. S. § 90.

8) *L. 3. pr. D. de liberis exhib. item ducendis* (43, 30).

doch sein Imperium bei der Instruction zu Herbeischaffung der Sache und Regulirung des interimistischen Besitzstandes; um wie viel mehr bei der Execution, wenn der Kläger das Recht an der Sache erstritten hatte und der Besitzer die Besitznahme verhindert[9]). Die Frage ist nur, wie sich die Ausübung dieses Rechts unter prätorischem Schutz an der Sache selbst zu dem Anspruch des Klägers gegen die Bürgen und zu der Forderung des Interesses vom Beklagten selbst verhielt.

Bei allen Vindicationen mußte der Beklagte, der für die Dauer des Prozesses in den Besitz des streitigen Rechts gesetzt war, wegen der künftigen Restitution in der Hauptsache und der Früchte wegen, für den Fall, daß er unterliegen sollte, Bürgen (praedes litis et vindiciarum) stellen[10]). Trat dieser Fall ein, so konnte der Kläger diese Bürgen ohne Weiteres wegen Zahlung des, auch um des Sacramentums willen, gleich Anfangs taxirten Geldwerths der Sache und ihrer Früchte in Anspruch nehmen[11]); und sowohl ihre Bemühung, den Beklagten zur freiwilligen Restitution zu bewegen, als der ihm drohende Regreß waren in der Regel ausreichend, um seinen Starrsinn zu überwinden.

Der Kläger konnte aber auch, wenn er es vorzog[12]), die Sache selbst mit ihren natürlichen Accessionen in Besitz nehmen, und der Widerstand des Beklagten wurde in diesem Fall auf Befehl des Prätors durch seine Hülfsbeamten (lictores, viatores) überwunden. Nur der Ersatz der nicht vorhandenen

9) Die Pönalklage gegen den, qui ius dicenti non obtemperaverit, trat nach dem oben § 39 Note 9 Ausgeführten ein, wenn der Besitzer dem Exhibitionsbefehl des Prätors zum Behuf der Vindication nicht Folge geleistet, es auf die Vollstreckung dieses Befehls hatte ankommen lassen. Die Worte der *L. 1. § 1. D. si quis ius dic.* (2, 3). Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, non fecit, begreifen aber unter diesem Aeußersten offenbar auch die Vollstreckung des prätorischen Befehls in der Executionsinstanz, und die Schlußworte: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur, bestätigen dieß

10) S. oben § 42 Note 1.

11) Und zwar nach dem strengen ius praediatorium. Vgl. Mommsen, Stadtrechte S. 466 folg Bei dieser Form der Bürgschaft wird der Hauptschuldner nicht Correus.

12) *Lex XII tab.* Note 14. si velit is.

Früchte (fructus consumpti et percipiendi) war dann noch zu bewirken und deshalb wurden auf Antrag des Klägers drei arbitri bestellt, die jene Früchte taxirten und den Beklagten zum vollen Interesse, d. i. zum doppelten Werthe derselben condemnirten[13]. Die Beitreibung desselben geschah dann wie die anderer Geldschulden.

Daß diese Arbitri, wenn der Kläger dieß etwa vorzog, auch zum Werthe der Sache selbst condemnirt hätten, ist nicht erweislich[14]) und in dem so eben entwickelten Zusammenhang nicht wahrscheinlich[15]). Hatte der Beklagte die Sache während des Prozesses auf Seite geschafft oder zerstört, so haftete er einer Pönal- oder Schadensklage.

2. In personam actiones.

§ 53. Die Verfolgung des durch eine Schuldklage erstrittenen Rechts, der Forderung, gestaltete sich ganz anders, und es zeigt sich darin schon in dieser ältesten Zeit die tiefe Einsicht der Römer in das Wesen des Schuldverhältnisses.

Gegenstand desselben, also auch der Schuldklage und des

13) *Festus* v. *Vindiciae M.* p. 376. — et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . *Praetor* arbitros tres dato: eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decidito. *Paul. rec. sent.* V. 9. § 2. I. 13^b. §§ 8. 9.

14) Es kommt auf die Restitution der lückenhaften Stelle des Festus Note 13 an. In der ersten Lücke lese ich mit Wetzell röm. Vindicationsprozeß S. 32: si velit is, *qui vicit*. O. Müller's Vorschlag *stlitis et vindiciarum* macht nicht nur eine Veränderung des Textes nothwendig, sondern quadrirt auch nicht mit dem zweiten Satz, wo nur von Taxation der Früchte die Rede ist. In der zweiten ist O. Müller's *reus* vorzuziehen, weil decidito ein Subject verlangt, während überdieß Wetzell's *neglecti* die fructus consumpti unberücksichtigt läßt. Der Ausdruck der ganzen Stelle ist, wie sonst oft bei Anführung der Zwölf Tafeln, in spätere Sprachformen umgesetzt.

15) Erst das spätere Recht, das in der formula petitoria den Judex zunächst zur pronuntiatio und dem arbitrium de restituendo, dann zur Condemnation ermächtigte, strafte die contumacia rei durch das beschworne höhere Interesse. S. unten § 90. Im Legisactionenprozeß war das Amt des Judex mit der pronuntiatio zu Ende und es trat, rücksichtlich der Sache selbst, das Imperium des Prätors wieder ein.

richterlichen Urtheils ist eine Leistung (dare, facere, praestare), also eine Willensäußerung des Schuldners, die ohne oder gegen dessen Willen nicht möglich ist. Es entsteht daher die Frage, wie dem Gläubiger, wenn auch der verurtheilte Schuldner nicht leisten will, sein Recht werden könne? Gälte es eine Verpflichtung gegen den Staat, so würde die Obrigkeit deren Erfüllung befehlen und den Ungehorsam durch Gefängniß oder Geldbuße (multa) strafen, also indirect erzwingen [1]), auch jede Geldschuld an den Staat direct durch Beschlagnahme und Verkauf des Vermögens beitreiben. Aber ein Privatgläubiger hat diese Macht nicht, und sie von Staatswegen für ihn eintreten zu lassen, verbot die reine Privatnatur der Schuldklage.

Denn auch bei dieser war die Aufgabe nicht sowohl Vollstreckung des Urtheils, als dem Gläubiger die Ausübung des gewonnenen Rechts unter obrigkeitlichem Schutz möglich zu machen. Da nun dieses Recht nicht, wie bei den Vindicationen, auf eine Sache im Besitz oder Eigenthum des Schuldners (in rem), sondern gegen dessen Person (in personam) gerichtet ist, so wird ihm durch Rechtsspruch der Obrigkeit erlaubt, sich dieser zu bemächtigen; so daß also sein beschränktes, relatives Recht auf eine einzelne Leistung, wenn der Schuldner sich durch diese nicht löst, zu einem absoluten Recht auf seine Person, das Schuldverhältniß zur Schuldknechtschaft sich erweitert.

Aber steht dieß nicht im Widerspruch mit der Natur des Schuldverhältnisses, das nicht den Willen des Schuldners selbst, seine Freiheit, sondern nur eine Aeußerung derselben zum Gegenstande hat? und widerspricht es nicht auch dem altrömischen Grundsatz, daß kein Bürger durch Vertrag sich zum Knecht machen könne? Dieser doppelte Widerspruch wird entfernt durch die mit dem Begriff des Schuldverhältnisses gegebene Ablösbarkeit der Leistung von der Person; diese aber beruht auf

1) Z. B. das Amt des Schiedsrichters (arbiter) wird, wie das des Judex, als ein öffentliches (munus) betrachtet und deshalb, wenn es übernommen ist (receptum), die Urtheilfällung vom Prätor durch Multa erzwungen. *L. 1. L. 3. §§ 1—3. L. 4. L. 32. § 12. D. de receptis* (4, 8).

ihrer sächlichen Natur, d. h. der Möglichkeit, an die Stelle jedes obligatorischen Thuns ein Geben allgemeinster Art, die Zahlung des Interesses in Gelde zu setzen[2]), wodurch allein dem Schuldverhältniß, im Gegensatz der höchstpersönlichen Pflichterfüllungen in der Familie, die Natur eines Vermögensrechts gesichert ist[3]). Ein Schuldner aber, der in Gelde seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann (non solvendo), ist überhaupt nicht mehr im Stande, seine bürgerliche Stellung zu behaupten[4]); es ist daher nicht sowohl Strafe des gebrochenen Wortes[5]), als eine nothwendige Consequenz seines totalen bürgerlichen Verfalls, daß er mit Allem, was er ist und hat, seinem Gläubiger Preis gegeben wird[6]).

Hieraus allein erklärt es sich, daß die einzige Schuldexecu-

2) *L. 9. § 2. D. de statu lib.* (40, 7). *Ulp.* — ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, womit natürlich nicht gesagt ist, daß der Schuldner zum Angebot des Interesses berechtigt sei. — Wie es in der Urzeit, wo noch Vieh statt Erz das allgemeine Tauschmittel war, gehalten wurde, steht dahin.

3) Vgl. die treffliche Ausführung in Puchta's Instit. § 258. Der Genesis des Begriffs nach ist die obligatio ursprünglich zur Vermittelung des Eigenthumsverkehrs bestimmt, insofern also ein ius ad rem, und nur solches Thun, das in denselben hereingezogen (operae locari solitae), also auch nach Eigenthumswerth gemessen wird, kann ihr Gegenstand sein. Insofern liegt jedem Schuldverhältniß Geldinteresse zum Grunde, dagegen ein höheres sittliches dem Familienverhältniß, und wieder ein anderes, das nationale, dem Staate (publice utilia). *L. 1. § 2. D. de iust. et iur.* (1, 1).

4) Wie der faillite Kaufmann das Recht verliert, an der Börse zu erscheinen, eine Parallele, die der kaufmännische Sinn der Römer rechtfertigt.

5) Wäre die poena perfidiae, worauf Sextus Cäcilius (Africanus) bei *Gell.* XX. 1, 41. und ihm nachfolgend Neuere die harte Bestimmung der Zwölf Tafeln zurückführen, das durchschlagende Motiv, so müßte auch jede stipulatio in faciendo unmittelbar zur Schuldknechtschaft führen. Vgl. Rudorff, Rechtsg. II. § 89 Note 3. — Huschke, Nexum S. 85 betrachtet es als „Treubruch am Gläubiger als pars populi. mithin als öffentliches Verbrechen", und soviel ist daran richtig, daß wer durch Nichterfüllung seiner anerkannten Verpflichtungen mit dem Staate bricht, Gleiches von diesem zu erwarten hat. Aber die Insolvenz ein Verbrechen zu nennen, geht doch zu weit.

6) Meine frühere Darstellung, Handbuch § 28, leitete die Personalexecution aus dem Wesen des Schuldverhältnisses richtig ab, irrte aber durch Nichtunterscheidung zwischen Geld- und andern Schulden. Puchta, Instit. § 179, der mir in jener Ableitung beigetreten, hat dieses durch Hereinziehung der litis aestimatio berichtigt.

tion, die das älteste römische Recht kennt, Personalexecution ist (per manus iniectionem), und daß diese eine durch gerichtliches Geständniß (aeris confessi) oder richterliches Urtheil festgestellte Geldschuld voraussetzt. War der ursprüngliche Gegenstand der Klage eine bestimmte Summe Geldes (certa pecunia) oder ein Geldinteresse, dessen Schätzung, wie in allen Fällen der iudicis postulatio, zum Officium des Richters der Hauptsache gehört, so konnte jene Personalexecution sich unmittelbar an das Urtheil anschließen. Ging hingegen die Klage und ebenso das gerichtliche Geständniß oder Urtheil auf eine bestimmte Sache (res certa)[7]), so mußte diese durch einen arbiter liti aestimandae[8]) noch taxirt und hierdurch der Rechtsstreit erst vollständig beendigt (res iure iudicatae), d. h. zur Execution reif gemacht werden[9]).

Die Verfolgung der aus dem Geständniß oder Urtheil gewonnenen Geldforderung geschieht aber nicht, wie die des erstrittenen dinglichen Rechts, imperio magistratus, sondern durch eine selbständige legis actio, per manus iniectionem[10]), also in bestimmten gesetzlichen Formen, die auf den Schutz des Schuldners auch in diesem letzten Stadium des Rechtsstreits berechnet sind.

Zunächst genießt er noch eine gesetzliche Frist von dreißig Tagen (triginta dies iusti), um das zur Zahlung nöthige Geld zu beschaffen[11]). Nach deren Ablauf kann der Gläubiger

7) S. § 51 Note 24.

8) *Val. Prob.* § 4, 10. A. L. E. ARBITRUM LITI EXTIMANDAE (= rei aestimandae) POSTULO *(sc. te Praetor)* UT DES. Eine eigentliche iudicis arbitrive postulatio war es nicht, weil keine selbständige Legis Actio, sondern ein Anhang des Hauptverfahrens, wie die Schätzung der Früchte bei Vindicationen. Vgl. Keller, Civilpr. § 16.

9) *Lex XII tab.* III. 1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto. Vgl. Huschke, Nexum S. 14.

10) *Lex XII tab.* III. 1. *Gell.* XX. 1, 45. und *Gai.* IV. § 21. geben uns über dieß merkwürdige Verfahren vollständigere Nachricht als über vieles Andere. Doch ist Manches bestritten. Vgl. Puchta, Instit. § 179. Huschke, Nexum S. 79 folg., der die Sache wesentlich gefördert hat. Keller, Civilpr. § 83. Rudorff, Rechtsg. II. §§ 24. 89.

11) *Lex XII tab. cit.* triginta dies iusti sunto. Sextus Caecilius

ihn, wo er ihn antrifft, unter feierlicher Ansage der Schuld und ihrer Nichtzahlung, körperlich ergreifen (manum iniicere), nicht aber als Schuldknecht in sein Haus, sondern erst vor den Prätor führen[12]). Denn noch kann er der Schuldknechtschaft entgehen durch Zahlung der Schuld oder durch Stellung eines Vindex[13]), und eben dieses Recht soll ihm durch die Gerichtsobrigkeit gesichert sein. Denn nicht nur wird durch Befriedigung des Gläubigers jede weitere Verfolgung unbedingt ausgeschlossen, sondern gegen das richterliche Urtheil als eine neue causa debendi sind auch neue Rechtsbehelfe möglich, die Gültigkeit des Urtheils[14]) und Anderes betreffend[15]) die dem Verurtheilten nicht abzuschneiden, wenn auch nur in engen Grenzen zu gestatten sind. Eben deshalb soll er, der kein freier Mann mehr ist, diese nicht selbst vorbringen, sondern seine Sache nur einem Vindex übertragen können[16]), der im Unterliegungsfall das Doppelte des Judicats[17]) als Selbstschuldner zahlen muß.

Kann der Verhaftete in der einen oder andern Weise sich nicht frei machen, so wird er nun vom Gläubiger nach Hause

(Africanus) bei *Gell. cit.* § 42. conquirendae pecuniae causa. § 43. eosque dies decemviri „iustos“ appellaverunt, velut quoddam iustitium.

12) *Lex XII cit.* Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. *Gai. cit.* qui agebat sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILIA, QUAE DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUS INIICIO. et simul aliquam partem corporis eius prendebat. Die Nichtzahlung des Judicats gehört hier zum Klaggrund, und Dolus ist sie, weil im Widerspruch mit dem im Namen des Staats gesprochenen Urtheil, sollte die Insolvenz auch unverschuldet sein.

13) *Lex XII cit.* Ni iudicatum facit aut quis endo eom vindicit.

14) *Lex XII cit.* rebusque iure iudicatis. Vgl. *L. 10. D. qui pot.* (20, 1). iure iudicatum. *L. 4. § 6. D. de re iud.* (42, 1). rite condemnatus, ut sententia valeat.

15) Die Einrede der Zahlung, des Vergleichs u. s. w.

16) *Gai. cit.* nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. Die manus iniectio war also Beides, eine factische Verhaftung des Schuldners, um dessen Flucht zu verhüten, und eine symbolische Handlung von rechtlicher Wirkung, die nehmlich den Schuldner der legitima persona standi in iudicio beraubte.

17) Vgl. *Gai.* IV. §§ 9. 171. *Paul. rec. sent.* I. 19. § 1. *Cic. pro Flacco* 21. und die in duplum revocatio Abschn. 2.

abgeführt (domum ducitur)[18], gewiß nicht ohne einen Rechtsspruch des Prätors (addictio), dessen Autorität ja durch Vorführung des Verhafteten angerufen worden und unter dessen Leitung die Sache die eine oder andere Wendung genommen hatte[19].

Im eigenen Hause soll der Gläubiger dann den ihm zugesprochenen Schuldknecht (iudicatus, addictus) während sechzig Tagen mit Stricken gebunden oder in dem Fußblock, dessen Schwere das Gesetz bestimmt, gefesselt halten[20], und wenn dieser sich nicht selbst verköstigt, ihm täglich mindestens Ein Pfund Korn zur Nahrung reichen[21]. Doch dient ihm zunächst die Person des Schuldners nur zum Pfande. Denn noch kann dieser mit ihm accordiren (pacisci)[22] und an drei auf einander folgenden Markttagen soll er auf dem Comitium dem Prätor vorgeführt und öffentlich ausgerufen werden, wie viel er schuldig ist, ob sich Einer finden möchte, der ihn lösen will[23]. Erst wenn auch diese Frist ungenutzt verstrichen, ist das Pfand, das ist die Person des Schuldners, dem Gläubiger verfallen; dieser kann ihn tödten oder als Sclave verkaufen, natürlich in

18) *Lex XII cit.* secum ducito. *Gai. cit.* qui vindicem non dabat, domum ducebatur.

19) Huschke S. 79 Note 97 leugnet die addictio, weil weder die Zwölf Tafeln noch Gaius sie erwähnen. Letzterer erwähnt aber auch das in ius duci der Zwölf Tafeln nicht, und daß der Prätor durch bloßes Schweigen die Abführung gestattet habe, ist doch nicht wahrscheinlich; und wenn in der ersten Decade des Livius so oft von addicere, addictis u. s. w. die Rede ist, so genügt Huschke's sehr anfechtbare „geschichtliche Entwicklung" S. 15 folg. wohl nicht, um den Vorwurf des Anachronismus zu begründen. Vgl. *Festus* v. *addicere M. p.* 13. approbare dicendo.

20) *Lex XII cit.* vincito aut nervo aut compedibus: quindecim pondo ne maiore aut si volet minore vincito. Vgl. Dirksen Zwölftafeln S. 249. Für die ursprüngliche Bedeutung von nervus und compedes vgl. Cato bei *Gell.* XI. 18, 18. *Plaut. Asin.* III. 2, 5., über die spätere Rudorff, Rechtsg. § 89 Note 26. — *Gai. cit.* et vinciebatur.

21) *Lex XII cit.* Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.

22) Sext. Caecilius (Africanus) bei *Gell. cit.* § 46. Erat autem ius interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.

23) *Idem* § 47. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad Praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur.

die Fremde; denn in Rom würde auch der Verkauf ihn seines unzerstörbaren Geburtsrechts nicht berauben[24]). Mehrere Gläubiger können ihn in Stücke hauen, d. h. Jeder von ihnen hat, auch gegen den Widerspruch des Andern, das Recht, durch Tödtung des Schuldners Rache an ihm zu nehmen[25]).

Zweierlei, wovon das Gesetz nicht ausdrücklich spricht, war noch mit diesem Verfahren in seinen zwei Stadien verbunden.

Einmal kann der Gläubiger den Schuldner, während er ihn pfandweise gefesselt hält, auch zu sclavischer Arbeit anhalten[26]), deren Werth ohne Zweifel, wie die Früchte eines Faustpfandes, von der Schuld an Capital und Zinsen abgingen[27]); und da die Zwölf Tafeln den Verkauf oder die Tödtung des Schuldners nach sechzig Tagen nicht als nothwendig vorschrieben, sondern nur gestatteten, so konnte der Gläubiger den Addictus wie den Nexus in dauernder Schuldknechtschaft die Schuld abverdienen lassen[28]).

Sodann umfaßte das Recht des Gläubigers mit der Person des Schuldners als Attribut derselben sein gesammtes Recht über Personen und Sachen (familia), also Kinder in der väterlichen Gewalt und das gesammte Vermögen, die der Gläubiger mit in Beschlag zu nehmen und schließlich zum Verkauf zu bringen befugt ist[29]).

24) *Ibidem.* Tertiis autem nundinis capitis poenam dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant.

25) *Lex XII cit.* Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto. Ueber die früheren Auslegungen s. Zimmern, Rechtsg. III. § 46 Note 17, die neuern Puchta, Instit. § 179 Note n. Vgl. Note 30.

26) Als Folge der Schuldknechtschaft überhaupt erscheint dieß bei *Liv.* II. 23. VIII. 28. und sonst, und was *Varro de LL.* VII. § 105. vom Nexus bezeugt, muß um so mehr vom Addictus gelten.

27) Huschke S. 69.

28) Die Schuldknechtschaft erscheint in der Geschichte immer als dauerndes Verhältniß. Hierdurch wird Niebuhr's Ansicht, der ich mich früher anschloß, daß die Zwölf Tafeln Tödtung oder Verkauf in die Fremde als nothwendig vorgeschrieben, um den völlig gesunkenen Schuldner dem Anblicke seiner Mitbürger zu entziehen, widerlegt.

29) Huschke. Nexum S. 81 folg. und die daselbst angeführten Stellen von Dionys und Livius.

Daß mehrere Gläubiger des insolvenden Schuldners, natürlich der gewöhnliche Fall, durch den geordneten Verkauf des Vermögens (sectio bonorum) ihre verhältnißmäßige Befriedigung erlangt hätten[30]), ist unerwiesen und steht in jeder Beziehung mit der Bestimmung der Zwölf Tafeln im Widerspruch, daß jeder soviel abhauen könne, und zwar vom Leibe des Schuldners (sectio debitoris), als ihm beliebt. Dieß Scandalum altrömischer Härte müssen wir schon stehen lassen, uns aber erinnern, daß auf Grund des Rechts über Leben und Tod, laut der Geschichte, weder römische Väter ihre Kinder verzehrt, noch Gläubiger an ihren Schuldnern blutige Rache genommen haben[31]). Uebrigens diente diese strenge Schuldexecution, wenngleich weder darauf berechnet, noch dadurch gerechtfertigt, allerdings als indirectes Zwangsmittel zur Erfüllung des gegebenen Wortes und als stärkste Bürgschaft des öffentlichen Glaubens[32]).

Mildere Sitten brachten aber schon im fünften Jahrhundert der Stadt eine Milderung dieses strengen Schuldrechts. Die Lex Poetelia (a. 441 u. c.), die dem Nexum seine Executivkraft entzog[33]), milderte auch das Loos des Judicatus[34]). Zwar das Verfahren per manus iniectionem bestand bis zur Abschaffung der Legis Actiones fort, also das Recht, den Schuldner zu verhaften und, wenn nicht ein Vindex für ihn eintrat, ihn nach dem Spruch des Prätors (addictio) als Schuldknecht nach Hause zu führen[35]), selbst zur Verhütung der Flucht ihn leicht gefesselt (vinctus)[36]) zu halten, bis er

30) Huschke S. 86 folg. Vgl. Rudorff zu Puchta's Instit. § 179 Note n (S. 234).

31) Vgl. das Zeugniß des Sext. Caecilius (Africanus) bei *Gell. cit.* §§ 48—52.

32) Auch in dieser Beziehung ist die große Republik der Neuzeit, Nordamerika, der reine Gegensatz Roms.

33) S. oben § 45 Note 38.

34) Nach *Liv.* VIII. 28. nehme ich mit Huschke Nexum S. 132 folg. zwei auf den Judicatus bezügliche Kapitel des Gesetzes an: I. Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur. II. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.

35) *Gai.* IV. § 25.

36) *Plaut. Menaechm.* I. 1, 21. *Liv.* XXIII. 14. *Val. Max.* VII. 6, 1.

zahlt[37]). Nur die sclavische Behandlung, der Fußblock[38]), die Peitsche[39]) u. s. w. und vor Allem der Verfall des Schuldners nach bestimmter Frist zu Tödtung oder Verkauf in die Fremde, sind aufgehoben[40]) und also demselben seine Existenz und Ingenuität gesetzlich gesichert[41]). Diesem absoluten Recht auf die Person des Schuldners und deren Dependenz (familia) substituirte das Gesetz ein selbständiges Recht auf den Besitz und den Verkauf des Vermögens[42]) und schuf dadurch das Fundament des in der folgenden Periode durch den Prätor vermittelten, geordneten Concursverfahrens (missio in bona und bonorum venditio).

D. Rechtsschutz durch Imperium.

§ 54. Die Legis Actio, wie wir sie kennen gelernt, ist der ordentliche Rechtsweg, durch welchen der Rechtsstreit unter Aufsicht und Mitwirkung der Gerichtsobrigkeit zur Entscheidung gebracht, auch wenn es nöthig ist, dem richterlichen Urtheil Folge verschafft, also die thatsächliche Rechtsverletzung aufge-

37) *Quintil. Inst. or.* V. 10, 60. VII 3, 26. *Decl.* 311. lex dicit: Addictus, donec solverit, serviat, womit nicht wirkliche servitus, sondern ein sclavenähnlicher Zustand bezeichnet werden sollte.

38) Note 34. in compedibus aut in nervo.

39) Verbera, von denen früher so oft die Rede ist, und damit der Zwang zur Arbeit, nicht das freiwillige Abverdienen der Schuld, war abgeschafft. Aus demselben Grunde, nehmlich wegen der erhaltenen Ingenuität, soll der Gläubiger auch gegen den Filius familias, der ihm ex noxali causa mancipirt ist, nihil contumeliose facere. *Gai.* I. §§ 140. sq.

40) Note 34. non corpus obnoxium esset.

41) Vgl. *Quintilian.* in Note 37.

42) Note 34. bona debitoris. Das Recht auf die familia debitoris, Personen und Sachen, die dazu gehören, war nach Zwölftafelrecht eine nothwendige juristische Consequenz des absoluten Rechts an der Person. Indem die Lex Poetelia dieses aufhob, aber ausdrücklich sowohl die Schuldhaft als die Beschlagnahme des Vermögens, natürlich Beides durch Vermittelung des Prätors, gestattete, wurde das Eine von dem Andern unabhängig, wie es z. B. in der *lex Rubria* c. 21. 22. erscheint.

hoben wird. Auf Fälle, wo es galt, künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen oder thatsächlichen Störungen der öffentlichen Ordnung zu steuern, war sie nicht anwendbar. Wir sind gewohnt, dieß als Sache der Polizei zu betrachten. Die Römer, denen die Trennung von Justiz und Verwaltung fremd war, legten ihren höchsten Obrigkeiten, den Consuln und Prätoren, die Macht bei, in solchen Fällen auf Anrufen eines Bürgers kraft ihres Imperiums mit einem Verbot (interdictum) oder Befehl (decretum) einzuschreiten und sich durch die gewöhnlichen Zwangsmittel Gehorsam zu verschaffen.

Wir dürfen dieß als den Ursprung der in der folgenden Periode unter dem Namen der Interdicte vorkommenden Rechtsmittel betrachten [1]). Denn theils gehen diese geradezu auf den Schutz heiliger (loca sacra) [2]) oder dem öffentlichen Gebrauch gewidmeter Orte (loca publica) [3]), theils auf Besitzstreitigkeiten [4]), wo gleichfalls nicht vom Recht an der Sache,

1) Die in meinem Handbuch § 37 aufgestellte Ansicht vom Wesen des Interdictsprozesses, in der ich unter den Neuern mit Rudorff, Rechtsg. II. § 53 am Meisten zusammentreffe, zu modificiren, finde ich keine Veranlassung; aber zu ergänzen ist sie rücksichtlich seines Ursprungs in der Zeit der Legis Actiones. Hierin haben Leist, Bonorum possessio § 51 S. 325 folg., römische Rechtssysteme S. 21 und Keller, Civilpr. § 22 mich gefördert. Dagegen kann ich der Ansicht Puchta's, Instit. § 169, die neuerdings Schmidt, Interdictenverfahren der Römer S. 302. 318 wieder aufgenommen, wonach die Interdicte dem Prätor nur zur Einführung neuer Klagrechte gedient, auch jetzt nicht beitreten.

2) *L. 2. § 1. D. de interdictis* (43, 1). — divini iuris aut de religione, sicut est: NE QUID IN LOCO SACRO FIAT vel QUOD FACTUM EST RESTITUATUR et DE MORTUO INFERENDO vel SEPULCRO DEPOSITO. *Dig.* 43, 6. 11, 8. Vgl. *Liv.* XXV. 1.

3) *L. 2. § 1. cit.* Publicae utilitatis causa. *Dig.* 43, 7—14.

4) Sie gehören zu den Interd. rei familiaris (*cit. L. 2. §§ 1. 3*). Doch verstehen wir hier darunter nur die Int. retinendae und recuperandae possessionis. Als eine Hauptanwendung des Interdictsprozesses bezeichnet diese *Gai.* IV. § 139. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione contenditur. Daß eine legis actio dafür nicht statt fand, sagt die merkwürdige, von Rudorff angeführte Stelle des Festus v. *Possessio M. p.* 232. — in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut Praetor his verbis utatur: UTI NUNC POSSIDETIS *rel.* Niebuhr's Ansicht, daß der ager publicus,

sondern von Verbot der Gewalt u. s. w. oder Aufhebung ihres Erfolgs, also Störung des öffentlichen Friedens und seiner Herstellung die Rede ist. Gehen einige derselben über diesen Zweck hinaus, so dienten sie theils ursprünglich zur Vorbereitung eines Rechtsstreits oder zur Execution [5]), theils sollte ein Rechtshandel ausnahmsweise aus individuellen Gründen verschiedener Art im Polizeiwege erledigt werden [6]), wie ja auch in neueren Gesetzgebungen die Grenze vielfach schwankend ist. Jeden Falls schloß der prätorische Befehl (interdictum, decretum) den ordentlichen Rechtsweg (legis actio) aus, womit nicht gesagt ist, daß nicht der Prätor, ehe er seinem Befehl durch Multa [7]) oder andere Strafen Folge gab, sich von der wirklichen Sachlage überzeugt hätte [8]). Den Grundsätzen dieser ältesten Zeit über die executive Macht des Prätors widersprach dieß nicht, wie ja überhaupt Autorität und Freiheit sich noch schroff und unvermittelt gegenüber standen. Erst in der folgenden Periode zeigt sich der merkwürdige Fortschritt zu feinerer

an dem nur possessio möglich war, die erste Veranlassung zur Aufstellung dieser Interdicte gegeben, hat gewichtige Gründe für sich.

5) Dahin rechne ich die Interdicta de homine libero exhibendo und de liberis exhibendis item ducendis *Dig.* 43, 29. 30. vgl. § 41 Note 11, 17; wie ja auch sonst der Prätor zu diesem Behuf befehlend und zwingend eingriff. Vgl. § 39 Note 9, § 42 und § 52 Note 8.

6) Z. B. die Vorschrift der Zwölf Tafeln über die Beschränkung der Bäume an der Grenze und über den Fruchtfall wurde nicht durch legis actio, sondern durch prätorischen Befehl, also polizeilich ausgeführt. *L. 1. § 8. D. de arb. caed.* (43, 27). *Dig.* 43, 28. *L. 236. § 1. D. de verb. sign.* (50, 16). *Plin. hist. nat.* XVI. 5. — Eben dahin gehören die Maaßregeln zur Sicherung der Erbmasse *Dig.* 43, 2. quorum bonorum, 3. quod legatorum, und der Testamentsurkunde *Dig. 43, 5. de tabulis exhibendis;* Streitigkeiten zwischen Miether und Vermiether über die invecta et illata *Dig.* 43, 32. *de migrando* 33. *de Salviano interdicto* u. A., wobei freilich dahingestellt bleibt, ob alle diese Fälle schon in der ältesten Zeit vorkamen. Mittel und Ziel der Interdicte sind überall thatsächlicher Natur, ihr Rechtsgrund aber ist nicht auf Ein Princip zurückzuführen. Vgl. mein Handbuch § 37 Note 9*.

7) Vgl. Huschke, Gaius S. 201.

8) Wie ja auch heutzutage die Verwaltung den Rechtspunkt nicht unerörtert läßt, nur ohne förmlichen Prozeß. Leist's Ausdruck, die Interdicte seien extraordinariae cognitiones gewesen, kann ich aus diesem und anderen Gründen nicht adoptiren.

bürgerlicher Sitte auch darin, daß gewaltsames Einschreiten der Obrigkeit möglichst vermieden[9]) und selbst Sachen des öffentlichen Interesses in den Rechtsweg geleitet wurden[10]). Eben dahin gehört denn auch, daß die Interdicte sich in Formen, ein Judicium einzuleiten, verwandelten.

Ob es ferner schon jetzt im Imperium des Prätors lag, abgesehen von den zur Einleitung und Instruction eines Rechtsstreits gehörenden Bürgschaften[11]) auch sonst, insbesondere zur Sicherung der Ausübung eines Rechts für die Zukunft, Verhütung von Beschädigungen u. s. w., Cautionen (stipulationes praetoriae) aufzuerlegen, wissen wir nicht[12]). In einem der wichtigsten Fälle, damnum infectum, fand eine Legis Actio statt[13]).

9) Diese Achtung vor dem persönlichen Recht wird durch civiliter, civilius ausgedrückt. *L. 1. § 2. D. si ventris nom.* (25, 6). Vgl. *Liv.* XXXVIII. 56. magis pie quam civiliter vim fecit u. sonst. Der englische Ausdruck civility, der französische civilisation deutet darauf, daß sittliche Cultur und geselliger Anstand mit dieser Entwicklung der bürgerlichen Freiheit Schritt halten, während unser „höflich" an feudalistische Zustände erinnert.

10) S. unten § 81.

11) S. § 34, § 37 Note 5, § 42 Note 1.

12) Keller, Civilpr. § 22 S. 85 der 2. Ausg. nimmt dieß an.

13) *Gai.* § 31. Die Worte, mit denen der lesbare Text abbricht, deuten auf eine, von *Gai.* IV. §§ 26—29. nicht erwähnte, pignoris capio, Beschlagnahme des benachbarten Grundstücks, um den drohenden Schaden abzuwenden eventuell sich den Ersatz zu sichern. Später führte der Prätor dafür die Forderung der Caution und die Missio in possessionem ein, die man bequemer und vortheilhafter fand, als die durch die Lex Aebutia nicht abgeschaffte Legis Actio.

Bonn, Druck von Carl Georgi.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 42	Note	9	st. Note 18 l. Note 20.
„ 42	„	12	„ capto l. capta.
„ 43	Linie	1	st. Commune l. Communen.
„ 44	Note	17	st. macht l. machte.
„ 48	„	1	„ § 51 Note 13 l. § 26 Note 3.
„ 89	„	2	„ Note 27 l. Note 29.
„ 97	„	31	Zusatz hinter *Gruter* 207, 1: besser in *Mommsen Inscr. Neap.* 2458.
„ 118	„	10	*Festus epit. M. p.* 13. *Addicere* est proprie idem dicere et approbare dicendo.
„ 121	Linie	13	st. nun l. nur.
„ 122	Note	10	„ condictio l. nomine.
„ 123	„	14	„ pro domo l. de domo.
„ 130	„	19	„ adferrebantur l. adferebantur.
„ 152	„	10	„ substituirt l substituirte.
„ 161	„	27	Zusatz hinter „beschränkt war": (*Gai.* III. § 175. quod pondere, numero constet).
„ 171	„	8	st. Aporastocles l. Agorastocles.